



إدارة البحوث

الكفالات البنكية

الدكتور عبد المجيد محمد عبوده
أستاذ القانون التجاري المساعد بالمعهد سابقاً



إدارة البحوث

الكفالات البنكية

في
المملكة العربية السعودية
دراسة مقارنة

الدكتور عبد المجيد محمد عبوده
أستاذ القانون التجاري المساعد بالمعهد سابقاً

مقدمة

أوجدت علاقات المديونية، منذ العصور القديمة، ضرورة اللجوء إلى تأمينات خاصة تضاف إلى «الضمان العام» (gage Commun) فحق الدائن العام (Chirographaire Creancier) يتعلق، بجانب حقوق بقية الدائنين، بالذمة المالية للمدين عملاً بالقاعدة الشرعية والتشريعية القائلة بأن: «أموال المدين جميعها ضامنة للوفاء بديونه»^١.

ومؤدى هذه القاعدة أن للمدين حرية التصرف في أمواله، بحيث يمكنه أن يبيع أو يشتري أو يهب أية عين في ملكه وهذا التصرف من شأنه أن يؤثر على قوة هذا الضمان العام ويجعله غير مجد، خاصة إذا كان قصد المدين من هذه التصرفات تهريب بعض الأعيان وبالتالي الإضرار بحقوق دائنيه. ولمواجهة هذه المخاطر، أوردت العديد من

(١) وردت قاعدة الضمان العام في القرآن الكريم (سورة النساء، الآية ١١) في قوله تعالى: (يوصيكم الله في أولادكم للذكر مثل حظ الأنثيين، فإن كن نساء فوق اثنتين فلهن ثلث ما ترك وإن كانت واحدة فلها النصف) ولا يوبى لكل واحد منهما السدس مما ترك إن كان له ولد فإن لم يكن له ولد وورثه أبواه فلأمه الثلث فإن كان له أخوة فلأمه السدس من بعد وصية يوصي بها أو دين أبأؤكم وأبنأؤكم لا تدرون أيهم أقرب لكم نفعا فريضة من الله إن الله كان عليماً حكيماً) انظر أيضاً الآية ١٢ من نفس السورة. وورد أيضاً هذا المبدأ في السنة، ومن الأقوال الشهيرة للنبي عليه الصلاة والسلام «لا تركة إلا بعد سداد الديون».

ووردت هذه القاعدة في القوانين الوضعية: الفصل ١٩٢ من مجلة الحقوق العينية التونسية: «مكاسب المدين ضمان لرمائه ليتحاصروا منها بينهم مع اعتبار الأسباب القانونية في تقدم بعضهم على بعض». والمادة ٣٠٧ من التقنين المدني الكويتي: «١- أموال المدين جميعها ضامنة للوفاء بديونه ٢- وجميع الدائنين متساوون في هذا الضمان إلا من كان له منهم حق التقدم طبقاً للقانون»، وفي نفس المعنى المادة ١/٢٣٤ من التقنين المدني المصري، والمادة ٢٠٩٣ من التقنين المدني الفرنسي:

Art 2093 C. Civ. Fr: "Les biens du débiteur sont le gage commun de ses créanciers, et le prix s'en distribue entre eux par contribution, à moins qu'il n'y ait entre les créanciers des causes légitimes de préférence".

التقنيات بعض الوسائل بهدف المحافظة على حقوق الدائنين. وتمثل هذه الوسائل خاصة في الدعاوي التشريعية الثلاث أي الدعوى غير المباشرة (L'action Oblique)، والدعوى البوليصية (L'action paulienne) والدعوى الصورية (L'action en déclaration de simulation).^١ وعلى الرغم من وجود هذه الوسائل فقد انضح، في الحياة العملية، أنها لا تمنح الدائنين الحماية الكافية.

ولما كان الضمان العام لا يحقق للدائن الحماية الكافية، ظهرت فكرة الضمان الخاص الذي من شأنه أن يطمئن الدائن إلى استيفاء حقه من مدينة، ومن ثم يحقق له الحماية المطلوبة. فعند التزام المدين يطلب منه الدائن تأميناً شخصياً (Sureté personnelle) أو عينياً (Sureté réelle) ليضمن سداد الدين أو قضاء الالتزام. والتأمينات الشخصية هي عبارة عن ضم ذمة شخص إلى ذمة المدين في الوفاء بالدين، فيلتزم هذا الشخص مع المدين، ويكون التزامه التزاماً شخصياً يضاف إلى التزام المدين.

وتختلف الآثار المترتبة على ضم ذمة إلى ذمة بحسب الصيغة التي ورد بها. فقد يكون الضم على قدم المساواة، ويترتب عليه تمكين الدائن من الرجوع على أي مدين دون ترتيب أو تمييز مدين وآخر، ويتحقق هذا الأثر في تضامن المدينين (Solidarité des créanciers)، وفي الانابة غير الكاملة أو الناقصة (Délegation imparfaite)، وفي الدعوى المباشرة (Action directe). وقد يكون ضم الذمة ضمّاً تابعاً لذمة متبوعه اقتضاء لترتيب معين بحيث لا يمكن للدائن أن يرجع على المدين التابع إلا بعد الرجوع أولاً على المدين الأصلي، ويتحقق هذا الأثر في الكفالة العادية. أما إذا اقترنت الكفالة بتضامن الكفيل مع المدين الأصلي، فإنه يترتب على ذلك تمكين الدائن من الرجوع على المدين الأصلي أو على المدين التابع أيهما شاء.

(١) عمود جمال الدين زكي، التأمينات الشخصية والعينية، القاهرة ١٩٧٩، ص ١٦

ويكمن أساس التأمين الشخصي في تعدد المدينين بالنسبة للدائن، بحث يمكن للدائن أن يباشر حق الضمان العام بالنسبة لعدة مدينين، فإذا أعرس أحدهم كان له في يسار الآخرين ما يضمن له تسديد دينه.

وقد عرف الفقه الإسلامي هذه التأمينات الشخصية متمثلة أساسا في الكفالة. وتقابل هذه التأمينات الشخصية التأمينات العينية وهي عبارة عن تخصيص مال معين أو مجموعة من الأموال لضمان الوفاء بحق الدائن بحيث تجعله متقدما على الدائن العادي. فبموجب هذا الحق يكون للدائن - فضلا عن حقه في الضمان العام على جميع أموال مدينة - حق التقدم (droit de préférence)، وحق التتبع (droit de suite)، إذ يمكن للدائن تتبع هذا المال في أي يد تكون وينفذ عليه بالحجز ثم بالبيع ليستوفي دينه من ثمنه بالأولوية على باقي الدائنين. ومن أهم هذه التأمينات العينية الرهن^١ وحق الامتياز (Les privilèges).

(١) قسم التقنين المدني الفرنسي الرهن (nantissement) إلى قسمين: القسم الأول: رهن حيازة وينقسم إلى رهن حيازة على منقول (gage)، ورهن حيازة على عقار (antichrèse).

Art 2071 C. Civ. fr: le nantissement est un contrat par lequel un débiteur remet une chose à son créancier pour sûreté de la dette

Art 2072 C Civ fr: le nantissement d'une chose mobilière s'appelle gage. Celui d'une chose immobilière s'appelle antichrèse.

وينح هذا الرهن للدائن حق الاستغلال.

Art. 2085 C. Civ. fr, Orléans 30 oct. 1963 sur renvoi par civ 26 dec. 1961, D. 1962 p. 381, note Voirin. D 1964, Somm. p. 63

القسم الثاني: رهن دون حيازة (hypothèque légale) وهذا الرهن إما قانوني (Hypothèque) أو قضائي (Hypothèque judiciaire) وإما اتفاقي (Hypothèque Conventionnel).

وفي القانون المصري، ينقسم الرهن الى قسمين: أولا: الرهن الرسمي (مادة ١٠٣٠ من التقنين المدني المصري) واعتبه بحق الاختصاص (droit d'affectation). (مادة ١٠٨٥ التي تنص: «يجوز لكل دائن بيده حكم واجب التنفيذ صادر في موضوع الدعوى يلزم المدين بشيء معين أن يحصل متى كان حسن النية على حق اختصاص بمقاررات مدينة ضمانا لأصل الدين والفوائد والمصروفات. ثانياً الرهن الحيازي (مادة ١٠٩٦ تقنين مدني مصري).

وقد عرف الفقه الإسلامي التأمينات العينية، وخاصة منها الرهن الذي عرفه الشافعي بقوله: «جعل عين مالية وثيقة بدين يستوفي منها عند تعذر وفائه» وعرفه الحنابلة بأنه «المال الذي يجعل وثيقة بالدين ليستوفي من ثمنه اذا تعذر استيفاؤه ممن هو عليه» وعرفه المالكية بأنه «شيء متمول يؤخذ من مالكة، توثقا به، في دين لازم، أو صار إلى اللزوم، أي أنه تعاقد على أخذ شيء من الأموال عينا كالعقار والحيوان والعروض (السلع) أو منفعة، على أن تكون المنفعة مقيدة بزمن أو عمل، وعلى أن تحتسب من الدين. ولا بد أن يكون الدين لازما كضمن مبيع أو بدل قرض، أو قيمة متلف، أو آيلا إلى اللزوم، كأخذ رهن من صانع أو مستعير خوفا من ادعاء ضياع، فيكون الرهن في القيمة على ما يلزم»^١.

ويستدل على مشروعية الرهن بالكتاب والسنة والإجماع. فقد جاء في القرآن الكريم قوله تعالى (كل نفس بما كسبت رهينة)^٢، (وإن كنتم على سفر ولم تجدوا كتابا فرهان مقبوضة)^٣. وقد اتفق الفقهاء فيما عدا مجاهد أو الظاهرية^٤ على أن الرهن جائز في الحضر والسفر وذلك لورود مشروعيته على الإطلاق في السنة، فالغرض من التخصيص في هذه الآية الكريمة يتمثل في إرشاد الناس إلى وثيقة ميسرة لهم عند عدم وجود كاتب يكتب لهم الدين.

= أما المشرع التونسي فقد أورد تقسيما غير موفق حيث قسم الرهن إلى ثلاثة أقسام: رهن المنقول (الفصول ٢١٠ إلى ٢٦٩ من مجلة الحقوق العينية التونسية)، والرهن العقاري (الفصول ٢٧٠ إلى ٢٧٢ من نفس المجلة)، والرهن الإلتفاقي (الفصول ٢٧٤ إلى ٤٧٧ من نفس المجلة).

(١) أورد هذه التعريفات وهبة الزحيلي، الفقه الإسلامي وأدلته، الجزء الخامس، دار الفكر، دمشق ١٤٠٤هـ.

١٩٨٣م، ص ١٨٠.

(٢) سورة المدثر، آية ٢٨

(٣) سورة البقرة، آية ٢٨٣

(٤) وهبة الزحيلي، مرجع سابق ص ١٨٢.

أما في السنة، فمما رواه البخاري ومسلم عن عائشة رضي الله عنهما من «أن رسول الله صلى الله عليه وسلم اشترى من يهودي طعاما ورهته درعا من حديد» وعن أنس قال: «رهن رسول الله صلى الله عليه وسلم درعا عند يهودي بالمدينة، وأخذ منه شعيرا لأهله»، وعن أبي هريرة أن النبي عليه الصلاة والسلام قال: «لا يُغْلَقُ الرهن من صاحبه الذي رهنه، له غنمه وعليه غرمه»، وعقب بعضهم على ذلك في قولهم: «وغلّق الرهن: استحقاق المرتهن إياه لعجز الراهن عن فكأكه، أي لا ينفك ملك الرهن عن صاحبه ولا يستحقه المرتهن إذا لم يفكه في الوقت المشروط. وفي هذا رد على ما كان في الجاهلية، من أن المرتهن كان يمتلك الرهن إذا لم يؤد الراهن إليه ما يستحقه في الوقت المضروب، فأبطله الشارع. والحكمة من تشريع الرهن توثيق الديون، فالرهن يوثق الدين ماليا تسهيلا للقرض. والرهن يفيد الدائن بإعطائه حق الامتياز أو الأفضلية على سائر الديون»^١.

وعلى الرغم من أن التأمينات الشخصية كانت أسبق في الظهور على التأمينات العينية لما تستدعيه هذه الأخيرة من مفاهيم قانونية متطورة تمكن من التفرقة بين الشيء والحق العيني من جهة وبين مختلف العينية من جهة أخرى^٢، فإن المجتمعات الحديثة تفضل التأمينات العينية على التأمينات الشخصية، وذلك لأن وجود الأخيرة لا يمنع ضمان اعسار المدينين الذين يضمنون دين المدين، وعلى عكس ذلك فإن التأمينات الحديثة تمنح حقا يتعلق بمال معين كما تمنح حق التمتع بهذا المال في أي يد يكون، واستيفاء الدين من ثمن بيعه بالأفضلية على باقي الدائنين.

وإذا كانت للتأمينات العينية ميزة كبرى تتمثل في كونها حقا عينيا، فإن التأمينات الشخصية لا تخلو من أية ميزة، فهي تتميز بسهولة التعامل بها خاصة في حالة عدم وجود المال المراد رهنه أو في حالة عدم الرغبة في حبسه. وقد أدت هذه الميزة إلى

(١) وهبة الزحيلي، مرجع سابق، ص

(2) H. L. et J. Mazesud, Leçons de droit civil, TII, Sûretés et publicité Foncière, 1977, p. 9, No 6.

تراجع التأمينات العينية لفائدة التأمينات الشخصية وخاصة في المجال التجاري، حيث تقوم المعاملات على السرعة والثقة والعلاقات الشخصية، وبذلك توطدت التأمينات الشخصية، وبخاصة الكفالة في القانون التجاري. ولا سيما بعد رقي نظام البنوك. فقد أخذت الأعراف البنكية واتفاقات الأطراف - البنوك وعمالها - بهذه التأمينات الشخصية، وعلى وجه الخصوص بالكفالة وأدخلت عليها بعض التعديلات كي تتمشي وطبيعة المعاملات التجارية والبنكية التي تتسم بالسرعة وببساطة اجراءاتها وبالطابع الشخصي.

وإذا كانت التأمينات العينية قد عرفت في المجال التجاري والبنكي، فإن التأمينات الشخصية قد هيمنت على هذا المجال. وعرفت بعض التقنيات المدنية الكفالة بأنها «عقد يلتزم بمقتضاه شخص بأن يؤدي إلى الدائن ما التزم به المدين إن لم يؤده»^١.

وجاء تعريف الكفالة في الفقه الإسلامي عند الحنفية بأنها «ضم ذمة إلى ذمة في المطالبة مطلقاً، أي ضم ذمة الكفيل إلى ذمة المدين في المطالبة بنفس أو بدين أو عين كمغصوب أو نحوه، فلا يثبت الدين في ذمة الكفيل ويسقط عن الأصيل»، أما عند المالكية والشافعية والحنابلة فهي «ضم ذمة الضامن إلى ذمة المصمون عنه في التزام الحق أي في الدين فيثبت الدين في ذمتها جميعاً»^٢. وبذلك لا يترتب على ثبوت الدين مع

(١) الفصل ١٤٧٨ من مجلة الالتزامات والعقود التونسية، وقد جاءت المادة ٧٧٢ من التقنين المدني المصري بهذا التعريف بنفس الصيغة.

وقد عرفت المادة ٧٤٥ من التقنين المدني الكويتي الكفالة في قولها «الكفالة عقد بمقتضاه يضم شخص ذمته إلى ذمة المدين في تنفيذ التزام عليه بأن يتعهد بأدائه إذا لم يؤده المدين».

وجاء بالمادة ٢٠١١ من التقنين المدني الفرنسي:

"Celui qui se rend caution d'une obligation se soumet envers le créancier à satisfaire à cette obligation si le débiteur ne satisfait pas lui même".

(٢) أورد هذين التعريفين وهبة الزحيلي، مرجع سابق ص ١٣٠

بقائه في ذمة الأصل زيادة حق الدائن، فلا يمكن له أن يستوفي القيمة واحدة: أما من الأصل أو من الكفيل. هذا ولا يمنع أن يثبت الدين في أكثر من ذمة لأنه من الاعتبارات الشرعية التي تميز اعتبار الشيء الواحد في ذمتين. وعلى عكس ذلك فإنه من الممتنع ثبوت عين في زمن واحد في طرفين حقيقيين.

أما بالنسبة للحنفية، فإن الدين وإن أمكن اعتباره في ذمتين، فإنه لا يجب الحكم بوقوع كل ممكن إلا بموجب، ويرون أنه في هذه الحالة لا وجود للموجب، فالتوثيق بالدين يحصل بثبوت حق المطالبة، ثم إن الكفالة، وإن كانت تصح بالمال فهي تصح بالنفس، مع العلم بأنه لا يوجد دين في هذه الحالة الأخيرة، فالمضمون هو إحصار المكفول به، ولذلك تصح الكفالة بالأعيان المضمونة، وهذه الأسباب، وحتى يشمل التعريف كل أنواع الكفالة جاء مطلقاً يفيد ثبوت حق المطالبة، ولو اقتصر التعريف على الضم في الدين فإنه يعني الكفالة بالمال فقط.^١

والى جانب هذا الاختلاف، فقد اتفق الفقهاء على ثبوت الدين في ذمة الكفيل مع بقائه في ذمة الأصل بدليل الاتفاق على امكانية اعتبار الدين في ذمتين.

وقد استدل الفقهاء على مشروعية الكفالة بالكتاب والسنة والإجماع.^٢

فقد جاء في القرآن الكريم قوله تعالى: (ذلك من أنباء الغيب نوحيه إليك وما كنت لديهم إذ يلقون أقلامهم أيهم يكفل مريم وما كنت لديهم إذ يختصمون)^٣، (إذ

(١) انظر في تعريف الكفالة واختلاف الفقهاء: وهبة الزحيلي، مرجع سابق، ص ١٣٢ وما بعدها. وأيضاً: عبدالرحمن الجزيري، الجزء الثاني من كتاب في الفقه على المذاهب الأربعة، قسم المعاملات، المكتبة التجارية الكبرى، مصر، الطبعة الخامسة، ص ٢٢١ وما بعدها.

(٢) د. عيسى عبيد، العقود الشرعية الحاكمة للمعاملات المالية المعاصرة، بحث مقدم الى المؤتمر الإسلامي المنعقد بمدينة الرياض في ذي القعدة ١٣٩٦ هـ - نوفمبر ١٩٧٦ م، بدعوة من جامعة الإمام محمد بن سعود الإسلامية، القاهرة ١٣٩٧ هـ - ١٩٧٧ م ص ٩١ وما بعدها.

(٣) سورة آل عمران، الآية ٤٣.

تثبي أحتك فتقول هل أدلكم على من يكفله، فرجعناك إلى أمك كي تقر عينها ولا تحزن).^١ (وحررنا عليه المراضع من قبل فقالت هل أدلكم على أهل بيت يكفلونه لكم وهم له ناصحون)،^٢ (وان هذا أخي له تسع وتسعون نعجة ولي نعجة واحدة فقال أكفلنيها وعزني في الخطاب)^٣، (وأوفوا بعهد الله إذا عاهدتم ولا تنقضوا الأيمان بعد توكيدها وقد جعلتم الله عليكم كفيلا إن الله يعلم ما تفعلون)^٤، (وكفلها زكريا)^٥، (قالوا نفقد صواع الملك ولمن جاء به حمل بعير وأنا به زعيم).^٦

أما في السنة،^٨ فقولته عليه الصلاة والسلام: «الزعيم غارم» رواه أبو داود والترمذي وحسنه ابن حبان. وجاء في صحيح البخاري أن النبي صلى الله عليه وسلم أتى بجنابة رجل ليصلي عليه فقال: «هل ترك شيئا؟ قالوا: لا، قال: هل عليه دين؟ قالوا: نعم هما ديناران، فقال: صلوا على صاحبكم، فقال أبو قتادة: هما علي يا رسول الله» فصلى عليه النبي صلى الله عليه وسلم. وأخرجه البخاري وأحمد والنسائي وابن حبان عن سلمة بن الأكوع، وروى أحمد وأصحاب السنن إلا أبا داود هذه القصة من حديث أبي قتادة وصححه الترمذي وقال فيه النسائي وابن ماجه فقال أبو قتادة: أنا أتكفل به»، وهذا صريح في الإنشاء لا يحتمل الإخبار بما مضى. وروى القصة أيضا أحمد وأبو داود والنسائي وابن حبان والدارقطني، والحاكم عن جابر بن عبد الله. وفي موضوع القصة روى الدارقطني والبيهقي حديثا عن أبي سعيد الخدري بأسانيد ضعيفة، وفي موضوعها أيضا روى البزار ورجاله ورجال الصحيح حديثا عن أبي

(١) سورة طه، الآية ٢٩.

(٢) سورة القصص، الآية ١٢.

(٣) سورة ص، الآية ٢٣.

(٤) سورة النحل، الآية ٩١.

(٥) سورة آل عمران، الآية ٣٧، ومعنى الآية أن زكريا ضمها إلى نفسه ليعلموا ويقوم بتربيتها.

(٦) سورة يوسف، الآية ٧٢.

(٧) نقلا عن وهبة الزحيلي، مرجع سابق ص ١٣٩.

هريرة، ورواية القصة بأن الدين كان درهين وأن الكفيل كان عليا بن ابي طالب، وهذه الرواية ضعيفة كما قال ابن حجر.

وقد أجمع علماء المسلمين على امكانية الكفالة وجوازها، فهي عمل يثاب عليه إذا كان بنية حسنة، وذلك برغم ما ذهب اليه البعض من قول بأن الكفالة^١: «أولها شهامة وأوسطها ندامة وآخرها غرامة»، فالكفيل بعد أن يمنح الكفالة يلوم نفسه أو يلومه الناس ومن ثم يبدأ في الندامة، وعند المطالبة بالمال فإنه يغرم.

وبهذا المفهوم يكون للكفالة بعض الخصائص:

أولا - لما كانت الكفالة من الأعمال التي يثاب عليها الكفيل، فعادة يتبرع الكفيل بكفالاته للمدين، وبالتالي تكون الكفالة عقد تبرع بالنسبة للكفيل، فهو يلتزم دون مقابل. وتكون صفة التبرع في طبيعة عقد الكفالة ولا تكون عنصرا فيه، لذلك يمكن للكفيل أن يقدم مقابلا لكفالة الدين، ومن ثم يصبح عقد الكفالة عقد معاوضة، وهذا ما يحدث عادة في المجال التجارى وعلى وجه الخصوص في المجال البنكى، حيث يتقاضى البنك مقابلا من المدين في نظير كفالاته.

وقد تتخذ الكفالة شكلا خاصا، بحيث يضمن الكفيل بأن المدين موثر، و يلتزم الدائن بدفع مقابل هذه الكفالة، وفي حالة اعسار المدين يدفع الكفيل تعويضا للدائن عن هذا الاعسار، ومقابل هذا الضمان الذي يحصل عليه الدائن بدفع هذا الأخير مقابلا للكفيل، وفي هذه الحالة ذهب الفقه^٢ إلى أنه يسقط عن العقد تكييف الكفالة وينقلب الى عقد تأمين وبالتالي يصبح العقد عقدا أصليا ولا تبعا وذلك على خلاف الكفالة.

ثانيا - إذا كانت الكفالة في الأصل عقدا من عقود التبرع. فهي تعتبر تصرفا مدنيا حيث في حالة كون التزام المكفول به تجاريا، أو في حالة كون الكفيل تاجرا، إذ يقوم

(١) وهبة الزحيلي، مرجع سابق، ص ١٣١

(٢) محمود جال الدين زكي، مرجع سابق، ص ٣٥.

الكفيل بهذا العمل تبرعاً أي دون قصد الكسب أو الربح ، وبذلك ينتفي عن هذا العمل عصر المضاربة .

وقد أخذ الاجتهاد في بعض البلدان بهذه القاعدة كما قضت بها بعض التقنينات المدنية ، وفي هذا الشأن أقرت محكمة التعقيب الفرنسية^١ منذ سنة ١٩٠٦م هذه القاعدة عندما اعتبرت أن الكفالة بطبيعتها عقد مدني . وتحفظ بهذه الصفة المدنية حتى في حالة كون الكفيل تاجراً وفي حالة كون الالتزام المكفول به تجارياً . وقضت المادة ١/٧٧٩ من التقنين المدني المصري بنفس القاعدة في قولها : « كفالة الدين التجاري تعتبر عملاً مدنياً ولو كان الكفيل تاجراً »^٢ .

واستثناء من هذه القاعدة ، ذهب الفقه^٣ في بعض البلدان إلى اعتبار الكفالة عملاً تجارياً إذا كان الكفيل تاجراً و أبرم الكفالة بقصد الربح ، أي إذا كانت للكفيل مصلحة تجارية في الكفالة وذلك عملاً بنظرية العمل التجاري بالتبعية (Théorie de l'accessoire) وقد أخذ بهذا الاتجاه الاجتهاد حيث اعتبر الكفالة عملاً تجارياً إذا كانت من ضمن الأعمال التجارية التي يقوم بها الكفيل ،^٤ أو عندما يكون الدين المضمون ديناً تجارياً ويكون للكفيل في هذه العملية مصلحة مالية دون أن يشترط

(1) Req 21 mai 1906, D. P 1906, I, p. 90 - Civ. 25 octobre 1921, D. P. 1925, p. 95 - "Le cautionnement qui est par sa nature un contrat civil, conserve ce caractère alors même qu'il émane d'un commerçant et que l'obligation qu'il a pour objet de garantir est commerciale"

(٢) عبدالرزاق السنهوري ، الوسيط في شرح القانون المدني ، نظرية الالتزام بوجه عام ، الجزء ٣ : دراحيا . التراث العربي ، ١٩٥٨م ، ص ٦٧ .

ونلاحظ انه لا مقابل لهذا النص في التقنين المدني التونسي ولا اللبناني ولا الفرنسي ، بينما أخذ بهذه القاعدة كل من التقنين المدني السوري (مادة ٧٤٥) والليبي (مادة ٧٨٨) والعراقي (مادة ١٠١٦) .

(3) A. Weill, Droit civil, Les suretés, La publicité foncière, Ed. Dalloz, 1970, p. 20 - Jauffret, observations, Rev. Trim. dr. com. 1967, p. 468 - De Juglart et Ippolito, Traité de droit commercial, II, no 79 et 83 - H. L. et J. Mazeaud, op. cit, p 18.

(4) Req 31 janvier 1872, D. P. 1972, I, p. 252, S. 1872, p. 106 - Nancy 6 novembre 1934, D. H. 1935, p. 77 - Besançon 16 mars 1936, D. H. 1936, p. 259.

مساهمة الكفيل بشكل مباشر أو غير مباشر في تجارة المدين،^١ أو عندما تكون الكفالة ناشئة عن توقيع ورقة تجارية،^٢ أو عندما تكون صادرة من بنك لمصلحة أحد عملائه نظير عمولة.^{٣، ٤}

أما القانون المصري فلم يورد بشكل صريح إلا استثنائين، حيث قضت المادة ٢/٧٧٩ من التقنين المدني بأنه: «على أن الكفالة الناشئة عن ضمان الأوراق التجارية ضمانا احتياطيا أو عن تظهير هذه الأوراق تعتبر دائما عملا تجاريا» أما بالنسبة للمملكة العربية السعودية، لم يرد نص نظامي في هذا المجال، ونذهب إلى الأخذ بالقاعدة القائلة بالصفة المدنية للكفالة وإلى الأخذ بالاستثناءات التي جاء بها الاجتهاد في بعض البلدان تطبيقا لنظرية الأعمال التجارية بالتبعية، وتطبيقا للمادة الثانية/ج من نظام المحكمة التجارية التي تعتبر الكمبيالة من الأعمال التجارية وتطبيقا للمادة ١٣ من نظام السجل التجاري التي تعتبر تاجرا كل من يشتغل بأعمال البنوك.

(1) Douai 11 décembre 1930, GP. 1931, I, p. 208 - Trib. Com. Nice 27 mars 1964, GP. 1964, II, p. 146 - Com. 7 juillet 1969, D 1970, p. 14 - Com. 10 février 1971, D 1971, p. 605 - Com. 17 octobre 1977, GP 1978, I, Som., p. 34.

(2) Dijon 19 avril 1929, D. H. 1929 p. 322.

(3) Toulouse 23 Janvier 1868, S. 1868, II, p. 36.

(٤) وقد كتب في هذا الشأن أحد الفقهاء:

A. Weill, op. cit, p. 20 : "Toutefois le contrat de cautionnement devient commercial par la théorie de l'accessoire, quand le cautionnement s'insère dans les opérations commerciales de la caution. Le cautionnement aura également le caractère commercial lorsque la dette garantie est de nature commerciale et que la caution trouve dans l'opération un intérêt personnel d'ordre patrimonial sans qu'il soit d'ailleurs nécessaire que la caution participe directement ou indirectement aux résultats du commerce du débiteur.

Par ailleurs le caractère commercial du cautionnement n'est pas douteux s'il s'incorpore en un effet de commerce ou en une opération de banque. Enfin, on s'accorde à considérer que le cautionnement bien qu'il soit civil pour la caution, sera commercial au regard du créancier dont la créance est commerciale.

(٥) المادة ٢ من نظام المحكمة التجارية: «يعتبر من الأعمال التجارية كل ما هوأت: ...»

ج - كل ما يتعلق بسندات الحوالة بأنواعها»

وسندات الحوالة عملا بالفصل السادس من الباب الأول من نظام المحكمة التجارية، هي السفائح المعبر عنها بالبوليصه والكمبيالة المتداولة بين التجار.

ثالثا - لما كانت الكفالة عقدا يلتزم بمقتضاه الكفيل قبل الدائن بوفاء الالتزام إذا لم يف به المدين، أى عقدا يضم بمقتضاه شخص إلى ذمته إلى ذمة المدين في تنفيذ التزام عليه بأن يتعهد بأدائه إذا لم يؤده المدين، وبشكل أعم، لما كانت الكفالة ضم ذمة الضامن من إلى ذمة المضمون في الدين، فإنها عقد تابع، إذا أن التزام الكفيل التزام تابع لالتزام المدين الأصلي.

وتترتب على هذه الصفة الآثار الآتية:

- ١ - يكون التزام الكفيل مثل التزام المكفول: فلا يجوز أن يكون أشد عبثا من التزام المكفول، ولكن يجوز أن يكون أهون.
- ٢ - يتبع التزام الكفيل التزام المدين الأصلي في صحته وفي قابليته للفسخ وفي الدفع التي يدفع بها المدين الأصلي.
- ٣ - ينقضي التزام الكفيل بانقضاء التزام المدين الأصلي.
- ٤ - لا يجوز أن يكون التزام الكفيل منجزا إذا كان التزام المدين الأصلي معلقا على شرط أو مضافا إلى أجل.
- ٥ - تشمل الكفالة ملحقات الالتزام المكفول^١.

وبالإضافة إلى الدفع التي تكون للكفيل والمستمدة من دفع المدين الأصلي، فإن له دفوعا خاصة به مترتبة على الصفة التبعية، بحيث لا يجوز للدائن أن يرجع على الكفيل إلا بعد الرجوع على المدين الأصلي ولا يجوز التنفيذ على أموال الكفيل إلا بعد تجريد أموال المدين الأصلي من أمواله، وذلك إلا إذا كان الكفيل متضامنا مع المدين الأصلي^٢.

(١) عبدالرزاق السنهوري، مرجع سابق، ص ٢٦، ص ٥٨ وما بعدها.

(2) Art 2021 C. Civ. Français : La caution n'est obligée envers la créancier à le payer qu' à défaut du débiteur, qui doit être préalablement discuté dans ses biens à moins que la caution n'ait renoncé au bénéfice de discussion, ou à moins qu'elle ne soit obligée solidairement avec le débiteur, auquel cas, l'effet de son engagement se régle par les principes qui ont été établis pour les dettes solidaires. =

أما في الفقه الإسلامي، فقد اختلفت الآراء فيما يتعلق بأحكام الكفالة وخاصة منها براءة الأصيل من الدين، فقد ذهب ابن أبي ليلى وابن شبرمة وأبو ثور وابن سيرين والظاهرية والإمامية إلى أن الكفالة توجب براءة الأصيل، وبالتالي فإن الحق ينتقل إلى ذمة الكفيل، حيث لا يمكن للدائن أن يطالب الأصيل أصلا كما هو الشأن في الحوالة، وحجتهم في ذلك ما ورد في قصة كفالة أبي قتادة رضي الله عنه لميت، فعندما ضمن أبو قتادة الدينارين قال له رسول الله صلى الله عليه وسلم: «جزاك الله خيرا وفك رهانك كما فككت رهان أخيك»، وهذا القول يدل على أن المضمون قد برىء من الضمان.

أما بالنسبة لجمهور الفقهاء فإنهم يرون أن الكفالة لا ترتب براءة الأصيل ويكون للدائن الخيارين أن يطالب المدين الأصلي أو أن يطالب الكفيل إلا إذا كانت الكفالة بشرط براءة الأصيل، وفي هذا الشأن تجدر الملاحظة في أن الشافعية لم يميزوا الكفالة بشرط براءة الأصيل، فهذا الشرط يتنافى مع مفهوم الكفالة، حيث أن الكفالة تقتضي ضم ذمة شخص إلى ذمة المدين الأصلي في حق المطالبة أو في حق أصل الدين، وبراءة

الفصل ١٤٩٥ من مجلة الالتزامات والعقود التونسية: لا يترتب عن الكفالة خيار في الطلب إلا إذا اشترط ذلك صراحة. ففي هذه الصورة وفي صورة ما إذا كانت الكفالة من الكفيل عملا تجاريا تجري الأصول المتعلقة بالالتزامات المتضامن فيها المديون

الفصل ١٤٩٦ من نفس المجلة: لا يوجب الطلب لجهة الكفيل قبل ان تظهر الماطلة من المدين.

الفصل ١٤٩٨ من نفس المجلة: إذا طوّل الكفيل كان له الحق أن يكلف الدائن بتتبع كسب المدين أولا من منقول أو غير منقول وأن يبين له ما يمكن وضع اليد عليه منها بشرط أن تكون المكاسب بالجمهورية التونسية.

المادة ٧٨٨ من التقنين المدني المصري: ١ - لا يجوز للدائن أن يرجع على الكفيل وحده إلا بعد رجوعه على الكفيل.

٢ - ولا يجوز له أن ينفذ على أموال الكفيل إلا بعد تجريده من أمواله، ويجب على الكفيل في هذه الحالة أن يتمسك بهذا الحق.

أنظر عبدالرزاق السنهوري، مرجع سابق، ص ٩٨ وما بعدها، وأيضا محمود جمال الدين زكي، مرجع سابق، ص ٨٤ وما بعدها.

الأصيل تتنافى والضم، ثم إذا كانت الكفالة مبرئة، فإنها تتحول إلى حوالة يختلف حكمها عن حكم الكفالة.

وقد ذهب الإمام مالك إلى أنه لا يمكن للدائن أن يطالب الكفيل إلا في حالة تعذر مطالبة المكفول عنه، وذلك لأن الكفالة وثيقة، ولا يستوفى الحق منها إلا إذا تعذر استيفاؤه من الأصيل، وحجتهم على هذا الحكم ما ورد في السنة حيث قال النبي صلى الله عليه وسلم: «نفس المؤمن معلقة بدينه حتى يقضى عنه» وقوله أيضا في قصة أبي قتادة: «الآن بردت جلدة» حين أخبره أنه قضى دينه. وأما صلاة النبي عليه الصلاة والسلام على المكفول عنه، فلأنه بالضمان صار له وفاء، وامتناع النبي صلى الله عليه وسلم عن الصلاة على المدين، فلأنه لم يخلف وفاء، وأما عن قوله: «فك الله رهانك» فلأن المدين كان بحال لا يمكن النبي عليه الصلاة والسلام من الصلاة عليه، فالكفالة فكتته من هذا الحال^١.

وعلى ضوء ما تقدم، نتبين أن التأمينات العينية تتميز بأنها تمثل ضمانا على ذات العين المرهونة، ويكون الدائن في مأمن تام على حقه ويكون على ثقة من الحصول على هذا الحق في ميعاد الاستحقاق، بينما تتميز الضمانات الشخصية ببساطة إجراءاتها وسرعة التعامل بها.

ولهذه الأسباب فقد جرى العمل في الحياة المدنية على التعامل أساسا بالتأمينات العينية. أما في الحياة التجارية، حيث تقتضي المعاملات التجارية السرعة والثقة في التعامل، فقد وجدت في التأمينات الشخصية وعلى وجه الخصوص في الكفالات ما يتمشى وطبيعة الأعمال التجارية. فالكفالات برغم أنها لا تمنح الضمان الكافي للدائن، إلا أن التعامل بها يمنح ميزة تتمثل في سهولة التعامل بها، فالكفالة لا تقتضي أي إجراء من الإجراءات المعقدة التي تتطلبها التأمينات العينية وخاصة منها المتعلقة

(١) وهبة الزحيلي، مرجع سابق، ص ١٤٩.

بالعقار، كما يمنح ميزة أخرى تتمثل في عدم وجوب تقديم عين معينة للرهن وفي عدم حبسها لدى الدائن.

ومع رقي النظام البنكي، وتطور الأعمال التي تقوم بها البنوك وتنوعها، أصبح البنك شخصا مليئا، فاستعارت الأعراف البنكية واتفاقات الأطراف، أي البنوك والعملاء، التأمينات الشخصية، وعلى وجه الخصوص الكفالة من القانون المدني، وأدخلت عليها بعض التعديلات حتى تتمشى وطبيعة المعاملات التجارية من جهة، وطبيعة المعاملات البنكية من جهة أخرى.

وهكذا عرفت الكفالات في المجال البنكي في شكلها التقليدي، حيث يطلب البنك من العميل تقديم كفيل يضمن القرض الذي سيتم تقديمه من طرف البنك للعميل، وقد يكون البنك كفيلا يضمن عميلا يقوم بإقراضه بنك أو شخص آخر. وقد ساعد تدخل البنوك في تمويل المؤسسات والمشروعات في جعل الالتجاء الى الكفالة شائعا. فطول دورات الإنتاج والتوزيع في المؤسسة جعل مواردها المالية لا تمكنها من تغطية احتياجاتها المالية التي تضمن سير دوراتها الإنتاجية بشكل جيد، ومن ثم فإنه يصبح من الواجب عليها الالتجاء الى الموارد المالية الخارجية، وبشكل خاص إلى ائتمان البنوك، ويكون هذا التمويل عن طريق البنوك مصحوبا بضمان معين عادة ما يكون كفالة^(١). وفي هذا المجال تطبق القواعد القانونية العامة للكفالة بالاضافة الى مايرد في اتفاق الأطراف.

وقد تطور نظام هذه الكفالات في المجال البنكي، وأصبحت للكفالة البنكية أبعاد جديدة أوجدها النظام والقانون والعرف البنكي واتفاق الأطراف. وقد بلغت هذه الأبعاد حدا جعل من مفهوم هذه الكفالات ومن طبيعتها القانونية ومن خصائصها مفهوما يختلف عن مفهوم الكفالة التقليدية وعن طبيعتها القانونية وعن خصائصها.

(١) نبيل ابراهيم سعد، التأمينات العينية والشخصية، منشأة المعارف بالإسكندرية، ١٩٨٢م، ص ٢٥٠.

Roland Tendler, Le cautionnement, reine éphémère des sûretés, D. 1981, p. 129.

ومن هذه الكفالات البنكية خطاب الضمان (Letler de garanteie) والضمان الاحتياطي (Laval) والقبول (L'acceptation)، وقد بلغت هذه العمليات من الاختلاف مما حدا ببعض الفقهاء إلى القول بأنها لا تعتبر كفالات وإنما تعتبر من عمليات البنوك الائتمانية الناشئة عن مجرد توقيع البنك (Les engagements par Signature)، فبموجب هذه العمليات يحصل المستفيد من توقيع البنك على نفس المزايا كما لو دفع له البنك ومقدما المبلغ المعين من النقود، وبذلك يتحقق غرض المستفيد بحصوله على هذا النوع الخاص من الإئتمان، ويتحقق غرض البنك بتقديعه هذا النوع من الإئتمان دون أن يلتزم بالدفع، على الأقل، في حالة ما إذا سارت الأمور حسب توقعاته، أي إذا لم يطلب المستفيد الوفاء بقيمة خطاب الضمان أو إذا سدد المسحوب عليه قيمة الكمبيالة.

وقد كتب بعض الفقهاء بشأن عدم اعتبار خطاب الضمان كفالة^١: «إن الالتزام الشخصي تابع لالتزام المكفول الأصلي، فيظهر ذلك فيما إذا التزم المسئول عن دين الغير التزاما تابعا، وعند ذلك لا يكون هذا المسئول كفيلا شخصا، ولا العقد الذي التزم به عقد كفالة. وعلى ذلك لا يعتبر عقد كفالة ما يأتي: عقد خطاب الضمان حيث يلتزم البنك بدفع مبلغ معين من النقود لدى أول طلب من المستفيد، عقد الإنابة ولو كانت غير كاملة...، المدين المتضامن مع مدينين آخرين...، الوكيل بالعمولة الذي يضمن يسار العميل (Convention)...، عقد تأمين يسار المدين (Assurance-Crédit)...، عقد التعهد عن الغير (Promesse pour autrui, Contrat de porte-Fort)...». وإن كانت الكفالة والإنابة والتضامن من المفاهيم المدنية التي فرق بينها الشرع والتشريع بشكل واضح فإن عقدي تأمين الضمان (Assurance-Caution) وتأمين يسار المدين (Assurance-Crédit) من العمليات التي أوجدتها الحياة العملية التجارية والتي تقوم

(١) عبدالرزاق السنهوري، مرجع سابق، ص ٢١.

بها البنوك وشركات التأمين، يتمثل الهدف منها في تأمين وضمان وفاء، وهنا يكمن وجه الشبه بين كل من الكفالة والتأمين، فعدم وفاء المدين بالدين يحرك التزام كل من الكفيل والمؤمن. أما الفروق بين العمليتين فهي كبيرة. فالكفيل يتدخل لمساعدة المدين وتمكينه من الحصول على الائتمان ويكون التزامه تابعا لالتزام المكفول، أما المؤمن، في حالة تأمين الضمان، فهو يتدخل لمساعدة الدائن الذي يتقدم للبنك أو لشركة التأمين ويطلب إبرام عقد التأمين لصالح نفسه ضد خطر تخلف المدين عن الوفاء، وذلك لأن محل التأمين في هذه الحالة يتمثل في التخلف من جانب المدين وهو فعل إرادي واختياري من جانب المدين، ولهذا السبب لا يمكنه أن يبرم لصالح نفسه إلا تأمينا من خطر اعساره.

ثم إن التزام المؤمن التزاما مستقلا عن التزام المدين، فسبب عقد التأمين يتمثل في اقتضاء القسط أما محله فيتمثل في تعويض الضرر الناشئ عن عدم تنفيذ الالتزام. ومن هذه الفروق أيضا، أن الكفيل يقوم بضمان عملية لا دخل له فيها، أي تتم دون مشاركته، ولا يخضع التزامه لشرط اعسار المدين، لا يؤمن الدائن ولا المدين ولا يخضع التزامه لقواعد التأمين من حيث أنه لا يتقاضى قسط تأمين تحتسب قيمته وفقا لقواعد التأمين، وإنما يتقاضى عمولة نظير الخدمة التي يقدمها للمدين.

وبناء على ما تقدم من فروق فإن عقدي تأمين الضمان وتأمين يسار المدين، لا يمكن أن يخضعا للقواعد المطبقة في مجال الكفالة، وإنما يخضعان للقواعد الخاصة بالتأمين، وتعتبر العمليتان من مشمولات شركات التأمين أساسا، ونادرا ما تقوم بهما البنوك في الحياة العملية.

أما بالنسبة للعمليات المتمثلة في خطاب الضمان، وفي الضمان الاحتياطي وفي قبول الأوراق التجارية لأجل أي الكمبيالات والأسناد لأمر، وإن كانت تعتبر من العمليات البنكية الائتمانية الناشئة عن مجرد توقيع البنك، وإن كانت تختلف عن

الكفالة المدنية لأن التزام البنك، بموجب خطاب الضمان وبموجب قبول الأوراق التجارية أو ضمانها ضماناً احتياطياً، التزام مستقل عن التزام المدين الأصلي، وإن كانت هذه العمليات تخضع لأحكام خاصة، فخطاب الضمان يخضع للأعراف البنكية ولا تفاق البنك والعميل بينما تخضع عمليتا الضمان الاحتياطي وقبول الأوراق التجارية لأحكام القانون المصرفي المتمثلة في نظام الأوراق التجارية، فقد ذهب الفقه وعملت بذلك الأعراف البنكية إلى اعتبار هذه العمليات، بجانب كونها من العمليات البنكية الائتمانية، نوعاً خاصاً من الكفالات تعرف باسم الكفالات البنكية.

وتجدر الإشارة إلى أن عمليات الضمان الاحتياطي وقبول الأوراق التجارية الناتجة عن توقيع البنك تخضع أساساً لأحكام القانون المصرفي أي نظام الأوراق التجارية وبالتالي، فهي لا تختلف في شيء عن الضمان الاحتياطي المترتب عن توقيع أي شخص آخر أو عن القبول الناتج عن توقيع أي متدخل آخر.

ولهذه الأسباب سوف نتطرق في هذا البحث إلى دراسة الكفالات البنكية مجسدة في خطاب الضمان في المملكة العربية السعودية^١ متوخين أسلوب المقارنة بما هو موجود في بعض البلدان الأخرى مبينين مجال التعامل بخطاب الضمان، وما هيته وإجراءات إصداره وتعديله وانقضائه، أي الأحكام الموضوعية والشكلية المتعلقة به، ثم الآثار المترتبة عليه.

وبذلك نقسم هذا البحث إلى بابين:

الباب الأول : الأحكام الموضوعية والشكلية في خطاب الضمان.

الباب الثاني : الآثار القانونية المترتبة على خطاب الضمان.

(١) قد جرت العادة في بعض البنوك على استعمال عبارة «الكفالات البنكية» لتعني بها «خطابات الضمان».

الباب الأول

الأحكام الموضوعية والشكلية لخطاب الضمان

لما كانت خطابات الضمان كفالات من نوع خاص تصدرها البنوك، فإنها تتميز عن الكفالات العادية التي تخضع للقانون المدني، ومن ثم فإن الأنظمة والأعراف البنكية واتفاقات الأطراف جعلت منها تنظيماً قانونياً متميزاً يخضع لقواعد خاصة تتعلق في ذات الوقت بموضوعها وبشكلياتها.

الفصل الأول

- الأحكام الموضوعية لخطاب الضمان

لما كانت خطابات الضمان تخضع لقواعد خاصة، فإنه من الأهمية بمكان تحديد ما هيئتها، وحتى نتمكن من هذا التحديد، فإنه يتعين أن نبث بداءة في مجال التعامل بخطاب الضمان.

المبحث الأول

- مجال التعامل بخطاب الضمان

شهدت المملكة العربية السعودية في الآونة الأخيرة نموا اقتصاديا واجتماعيا كبيرا، فنشطت القطاعات التجارية والصناعية والإدارية وازداد حجم المشروعات في القطاعين العام والخاص، وتدخلت المؤسسات المحلية والأجنبية للمشاركة في هذه النهضة الاقتصادية والعمرانية والاجتماعية والتربوية، كما ازداد حجم المعاملات التجارية الخارجية، مما أدى إلى تعقد هذه المعاملات على الصعيدين النظامي والعملي. وقد اقتضى هذا الوضع تدخل المنظم السعودي لتحديد القواعد الكفيلة بخلق وإيجاد المناخ المناسب للمنافسة بين الشركات والمؤسسات المحلية والأجنبية المتخصصة للقيام بما يحتاجه هذا النمو من مشتريات ومشاريع إنشائية وخدمات متنوعة وأية أعمال أخرى، وذلك حتى تتمكن الجهات المستفيدة من هذه الأعمال من الحصول على أفضل العروض بأقل الأسعار. وفي هذا الإطار صدر نظام المناقصات والمزايدات بموجب

المرسوم الملكي رقم م/٦ وتاريخ ١٣٨٦/٢/٤هـ، والذي ألغى ليحل محله نظام تأمين مشتريات الحكومة وتنفيذ مشروعاتها بموجب المرسوم الملكي رقم م/١٤ وتاريخ ١٣٩٧/٤/٧هـ، كما صدرت اللائحة التنفيذية لهذا النظام بموجب قرار من وزير المالية والاقتصاد الوطني رقم ١٧/٢١٣١ وتاريخ ١٣٩٧/٥/٥هـ.

ومن خلال هذا النظام وهذه اللائحة التنفيذية نتبين أن تأمين مشتريات الحكومة وتنفيذ مشروعاتها وأعمالها يقوم على قاعدتين أساسيتين، تتمثل إحداهما في المحافظة على أموال الدولة وتحقيق أكبر وفر للخزانة العامة، فالحكومة تختار أفضل العروض من الناحية المالية أي أقلها سعرا وتكلفة، وتتمثل القاعدة الثانية في الاهتمام بالناحية الفنية وبالضمان الذي تقدمه هذه العروض بغض النظر عن الناحية المالية.

ومن هذا المنطلق، وكلما احتاجت جهة حكومية شراء أدوات أو معدات أو مواد، فإن القاعدة النظامية تحتم عليها القيام بمناقصات عامة حتى تتيح الفرصة لأكبر عدد ممكن من المتعهدين والموردين بالتقدم بعروضهم وأسعارهم، وذلك كي تتمكن الجهة الحكومية من اختيار أجود العروض بأقل الأسعار. وكذلك الأمر في حالة تولي المصالح الحكومية تنفيذ مشروعات أو أعمال إنشائية، حيث يتعين عليها القيام بمناقصات عامة تمكن أكبر عدد ممكن من شركات المقاولات والمقاولين والمهندسين من المشاركة في تقديم العروض، وذلك أيضا كي تتمكن الجهة الحكومية من اختيار أجود العروض بأقل التكاليف.

(١) المادة ١٤ من نظام تأمين مشتريات الحكومة: «يلغي هذا النظام كل ما يتعارض معه».

وقد جاء في تعميم وزارة المالية رقم ١٧/٨٦٣٦ وتاريخ ١٣٩٧/٥/١٥هـ: «تود هذه الوزارة أن تؤكد أنه من تاريخ العمل بنظام تأمين مشتريات الحكومة ولا تحته التنفيذية واعتبارا من نشره في الجريدة الرسمية في ١٣٩٧/٥/٤هـ، فإن نظام المناقصات والمزايدات يعتبر ملغيا بكامل نصوصه وذلك لأن النظام الجديد لم يكن مجرد تعديل لبعض نصوص النظام السابق، بل إن حقيقة الأمر أن النظام الجديد صدر ليحل محل النظام السابق وهذا فلا مجال للقول بغير هذا التفسير لأن النية متجهة إلى هذا عند إصدار النظام الجديد».

ويعبر عن هذه الطريقة بالمنافسة وهي مجموعة القواعد والإجراءات التي تهدف إلى دعوة عامة المؤسسات والهيئات للاشتراك في العملية موضوع المنافسة، ويعرف هذا النوع بالمنافسة العامة، أما إذا اقتصرَت الدعوة على عدد من المؤسسات، تختارها الجهة الحكومية بصفة من الكشوف المعتمدة، وتراعي الجهة في هذا الاختيار الكفاية المالية والفنية وحسن السمعة، فيعرف هذا النوع بالمنافسة المحدودة^١.

وتقوم المنافسة العامة على مبدئين: يتمثل أحدهما في المنافسة الحرة التي تتحقق من جهة بالإعلان عن المناقصة، وبحرية التقدم للمنافسة من جهة أخرى، وقضت المادة الثانية/ أ من نظام تأمين المشتريات، بهذا المبدأ في قولها: «يخطر المتنافسون إما عن طريق الإعلان في الجريدة الرسمية مرتين على الأقل وإما عن طريق توجيه كتب رسمية إلى من يدعون للمنافسة في حالة قصرها على عدد معين منهم»^٢. وقد يتم الإعلان في الصحافة المحلية، إلا أنه لا يغني عن الإعلان في الجريدة الرسمية أي في جريدة «أم القرى» وإنما يكون بمثابة العملية المساعدة لزيادة الإعلان، وبالتالي لتمكين أكبر عدد ممكن من المتنافسين من الإطلاع على المناقصة، وذلك لأن الجريدة الرسمية ليست متداولة بشكل كبير، إلا بالنسبة للمتخصصين المهتمين بها^٣.

وتتجلى هذه الحرية أيضا في إطار مشتريات الحكومة عن طريق الممارسة أو عن طريق التأمين المباشر. ولهذه الحرية أبعاد تختلف عن الحرية في المنافسة. فالممارسة

(١) فاروق عبدالله معوض، دليل أعمال الشراء في الأجهزة الحكومية بالملكة العربية السعودية، معهد الإدارة العامة، ١٤٠٥، ص ٥١ وما بعدها.

(٢) قضت المادة ٤ من اللائحة التنفيذية بنفس القاعدة وبأكثر وضوح في قولها: «يكون الإعلان أو الإخطار عن المنافسة بطريق الإعلان في الجريدة الرسمية مرتين على الأقل، أو بتوجيه كتب رسمية إلى من يدعون لها.

ويجب أن يسبق الإعلان الأول أو الإخطار ميعاد تقديم العروض بمدة شهر على الأقل ما لم ينص النظام على غير ذلك».

(٣) انظر خطاب وزارة المالية رقم ١٧/١٢٥٨٢ وتاريخ ١٤٠٠/٦/٢٢ هـ، ردا على خطاب وزارة المعارف رقم ١٥٧٣/٣/٤ وتاريخ ١٤٠٠/٦ هـ.

تتميز عن المنافسة بحرية الجهة الحكومية في اختيار المتعاقد معها على خلاف ما هو عليه الأمر بالنسبة للمنافسة، حيث تترك حرية التقدم بالعرض، ويبقى أمر الإرساء قائما في الأصل على الآلية. وتجدر الإشارة إلى أن المنظم السعودي لم يأخذ بالممارسة كطريقة مستقلة وإنما أجازها في حالة استثنائية تحول فيها المنافسة إلى ممارسة، فأجازت المادة ٥/د من نظام تأمين مشتريات الحكومة للجنة فحص العروض التفاوض مع صاحب أقل عطاء مطابق للشروط والمواصفات أو غيره من المتنافسين في حالتين محددتين: في حالة ارتفاع العروض عن أسعار السوق بشكل ظاهر، وفي حالة اقتران العطاء الأقل بتحفظ أو تحفظات^١.

وتبرز هذه الحرية أيضا في إطار الشراء الحكومي عن طريق التأمين المباشر، وتتمثل في حرية الجهة الحكومية في التعاقد، فهي التي تحدد وتختار من تعاقد معه وذلك في إطار ما حدده نظام تأمين مشتريات الحكومة^٢.

و يتمثل المبدأ الثاني الذي تقوم عليه أساسا مشتريات الحكومة وتنفيذ أعمالها في المساواة بين المتنافسين. ويتحقق هذا المبدأ بعدم التمييز غير المشروع بين المتنافسين، وقد قضت المادة الرابعة من نظام تأمين مشتريات الحكومة بهذه القاعدة في قولها: «على الجهات الإدارية أن تفسح المجال في تعاملها لأكبر عدد ممكن من المؤهلين العاملين في

(١) وقد جاء بتعميم من رئيس مجلس الوزراء رقم ٩٧٥١ وتاريخ ١٤٠٣/٤/٢٦ هـ لجميع الوزارات والمصالح الحكومية والمؤسسات العامة ما يلي: «ثانياً: في حالة قيام الشركات المنافسة أو بعضها برفع أسعار عروضها أو وضع بنود تخالف الشروط أو المواصفات لأي سبب أو غرض من الأغراض فإنه لا يجوز التفاوض معها، بل تلغى المنافسة و يعاد طرح المشروع من جديد. كما أنه سيعترب على مخالفة الشركات لما أشير إليه أو ارتكابها لأي مخالفة أخرى، معاقبتها، فإن كانت الشركة أجنبية فتبعد عن البلاد فوراً وإن كانت الشركة وطنية فيمنع تعاملها مع الجهات الحكومية».

(٢) المادة الثالثة من نظام تأمين مشتريات الحكومة.

النشاط الذي يجري التعامل فيه بحيث لا يقتصر تعاملها مع أشخاص أو مؤسسات معينة^١.

وبعد الإعلان عن المنافسة، فإنه من حق كل شخص يريد الدخول في المناقصة أن يقدم عرضا طبقا للشروط الواردة في الإعلان عن المناقصة وطبقا لأحكام نظام تأمين مشتريات الحكومة ولا تحته التنفيذية^٢.

و يتم فتح مظاريف العطاءات من قبل لجنة يكون من أهم اختصاصاتها التأكد من مطابقة العطاءات للشروط المعلن عنها واستبعاد العطاءات التي تكون مخالفة لهذه الشروط، وتحرر بذلك محضر ثم تسلم هذه العروض والمحضر المعد والعينات ليتم عرضها على اللجنة المختصة بفحص العروض. وهذه اللجنة لا تملك القرار وإنما تقوم فقط برفع توصياتها في الترسية على ما تراه أفضل العروض من الناحيتين المالية والفنية.

وقد تستعين اللجنة في تقديم توصياتها بتقرير من فنيين متخصصين^٣.

أما بالنسبة للبت في العروض والتعاقد، فتكون صلاحية البت في الشراء وتنفيذ الأعمال التي تزيد قيمتها على ثلاثة ملايين ريال للوزير أو لرئيس الدائرة المستقلة، وفيما قل عن ذلك لوكيل الوزارة أو من يقوم مقامه، ويجوز التفويض للمسؤولين فيما دون ذلك على أن يكون التفويض متدرجا حسب مسؤولية الشخص المفوض^٤.

(١) انظر أيضا الأمر السامي رقم ٤٤٠١/٤/٧ وتاريخ ١٣٩٩/٢/٢٥ هـ المعمم بخطاب معالي وزير المالية رقم ٤٠١٧/١٧ وتاريخ ١٣٩٩/٣/٦ هـ، والذي جاء فيه: «... وذلك لأننا حريصون على دعم القطاع الأهلي الوطني وتشجيعهم وإعطاء الفرصة للجميع على قدم المساواة».

(٢) المادتان ٢، ٣ من نظام تأمين مشتريات الحكومة، والمواد من ١ إلى ١٠ من اللائحة التنفيذية.

(٣) المادتان ٢/٥ هـ و ٥ من نظام تأمين مشتريات الحكومة، والمواد من ١٢ إلى ١٨ من اللائحة التنفيذية، وكذلك خطاب وزير المالية رقم ٦٤٣٦/١٧ وتاريخ ١٤٠٠/٣/٢٣ هـ.

(٤) المادة ٦ من نظام تأمين مشتريات الحكومة.

هذا وتجدر الإشارة الى أنه لا يمكن الارتباط بأي عقد من عقود المشروعات والأعمال والمشتريات التي تبلغ قيمتها مائة مليون ريال فأكثر إلا بعد الموافقة المسبقة من صاحب السمو الملكي ولي العهد ونائب رئيس مجلس الوزراء^٣.

ويخطر صاحب العطاء المقبول بخطاب مسجل بقبول عطائه، ويتم التعاقد معه متى اكتملت الشروط المنصوص عليها بنظام تأمين مشتريات الحكومة وبلائحته التنفيذية.

وحتى تطمئن الجهات الحكومية إلى جدية العروض المقدمة إليها في إطار المنافسة، فقد قضى نظام تأمين مشتريات الحكومة بوجوب تقديم ضمان على ذلك، إذ نصت المادة ٤/٢ منه على أنه: «يقدم مع العرض ضمان ابتدائي يتراوح بين ١، ٢٪ من قيمته وفقا لما تحدده الشروط والمواصفات ولا يلزم تقديم هذا الضمان في حالة الشراء المباشر أو العروض المفتوحة المشار إليها فيما بعد...»^١.

وحتى تطمئن الجهات الحكومية على حسن تنفيذ المشاريع والأعمال التي التزم بها صاحب العرض الذي تم التعاقد معه، وعلى متابعتها وعلى صيانتها، وعلى تدريب موظفي هذه الجهات الحكومية على استعمال واستخدام هذه المشاريع، فقد قضى أيضا نظام تأمين مشتريات الحكومة بوجوب تقديم ضمان على ذلك، حيث نصت المادة السابعة منه على أنه:

«أ- يجب أن يقدم من يتعاقد مع الحكومة ضمانا نهائيا بواقع ٥٪ من قيمة العقد.

(٣) الأمر السامي رقم ١٥٩١٨ وتاريخ ١٣٩٨/٧/١هـ، وتعميم وزارة المالية رقم ١١٦٠٩/٢ وتاريخ ١٣٩٨/٧/٥هـ.

(١) وقد جاءت بنفس الشرط المادة ٩ من اللائحة التنفيذية حيث نصت على أنه «يجب على مقدم العرض أن يرفق بعرضه أحد الضمانات المنصوص عليها بالمادة الثانية فقرة (د) من النظام وأن يكون هذا النظام ساريا حتى تاريخ البت في العطاءات».

ب - لا يلزم تقديم الضمان النهائي في حالات التعاقد على الأعمال الاستشارية أو الشراء المباشر وشراء قطع الغيار»^٢.

وفي بداية تنفيذ الأشغال قد يحتاج المتعاقد مع الجهة الحكومية الى سلفة مقدمة منها، وحتى تطمئن على استردادها فقد قضت المادة ٨/أ بوجوب تقديم خطاب ضمان في قولها: «يجوز للجهة الحكومية أن تدفع للمتعاقد معها دفعة مقدمة من استحقاقه في حدود (٢٠%) عند التوقيع على العقد مقابل خطاب ضمان مساو لهذه القيمة، وتحسم هذه الدفعة على أقساط طبقا للمستخلصات».

وتجدر الإشارة الى أن المادة الثامنة/ أ قد قضت بشكل صريح على وجوب تقديم خطاب ضمان بينما أوردت المادتان ٢/د و ٧ وجوب تقديم ضمان دون تحديد نوعه. وتلافيا لتفسير هذه العبارة تفسيراً واسعاً، حيث يمكن أن يكون هذا الضمان ضماناً عينياً أو شخصياً فقد صدر قرار وزير المالية رقم ١٤٨٦/١٧ وتاريخ ١٣٩٨/٣/٢٥ هـ بتعديل نص المادة التاسعة من اللائحة التنفيذية للنظام، وأبلغ هذا التعديل بتعميم من نفس الوزارة رقم ٥٣٧٣/١٧ وتاريخ ١٣٩٨/٣/٢٥ هـ. وقد جاء بهذا التعميم: «حيث لوحظ سقوط أشكال الضمان سهواً من المادة (٢) فقرة (د) من نظام تأمين مشتريات الحكومة الصادر بالمرسوم الملكي رقم م/١٤ في ١٤٠٧/٤/٥١٣٩٧، فقد تم إضافة هذه الأشكال الى نص المادة (٩) من اللائحة التنفيذية للنظام وذلك بتعديلها بالقرار الوزاري رقم ١٤٨٦/١٧ في ١٣٩٨/٣/٢٥ هـ بالصيغة التالية: (يجب على مقدم العرض أن يرفق بعرضه أحد الضمانات التالية:

أ - خطاب ضمان مقدم من أحد البنوك المحلية.

ب - خطاب ضمان مقدم من بنك في الخارج يقدم بواسطة بنك يعمل في المملكة.

(٢) أوردت المادة ٢١ من اللائحة التنفيذية نفس الشرط حيث نصت على أنه «يجب على صاحب العطاء المقبول أن يودع في مدة لا تتجاوز عشرة أيام من تاريخ اليوم التالي لإخطاره بخطاب مسجل بقبول عطائه أحد الضمانات المنصوص عليها في المادة (٧) من النظام ما لم يقض النظام بغير ذلك».

جـ - تعهد صادر من إحدى شركات التأمين المتخصصة التي تحددها مؤسسة النقد العربي السعودي على أن يكون الضمان سارياً حتى التاريخ المحدد للبت في العروض وبشرط أن يكون واجب الدفع لدى أول طلب من جانب الجهة الإدارية برغم أية معارضة قد ييذيها مقدم العرض ودون حاجة إلى صدور حكم قضائي أو قرار من هيئة تحكيم.

وهذا عام لجميع تأمين المشتريات وتنفيذ الأعمال سواء كان ضماناً ابتدائياً أو نهائياً مما نص عليه في المادة (٧) من النظام. وبالنسبة لخطاب الضمان المقدم من بنك أجنبي يجب التقيد بشأنه بما جاء في تعميم وزارة المالية والاقتصاد الوطني رقم ١١/م/١٢٤٠٧ في ١٣٩٦/٨/٥ هـ وتعميم مؤسسة النقد العربي السعودي رقم ١١٤٨١/م/٣٥٤ في ١٣٩٦/٨/٨ هـ.

ولا يقتصر مجال خطاب الضمان على مشتريات الحكومة وتنفيذ مشروعاتها بل أصبح نطاق التعامل به أوسع من ذلك، فقد يطلب من أي شخص يتعامل مع جهة حكومية أو مع الخواص تقديم خطاب ضمان، الشيء الذي منحه أهمية كبرى في الحياة العملية. وقد ازدادت أهمية خطاب الضمان مع ازدياد حجم الأعمال والمشاريع التي تقوم بها الجهات العامة والخاصة كما وكيفا.

وبرغم هذه الأهمية التي حققتها خطابات الضمان في الحياة العملية، وبرغم المكانة التي أولاها لها نظام تأمين مشتريات الحكومة، فإن المنظم السعودي لم يتدخل لتنظيم هذه العملية تنظيمياً خاصاً، بل ترك الأمر للأعراف البنكية، ولتعميمات وزارة المالية والاقتصاد الوطني، ولتعميمات مؤسسة النقد العربي السعودي، ولا تفارق الأطراف المجسد بالنماذج الأجهزة بصفة مسبقة من قبل البنك، وخاصة منها طلب

(١) قد اقتصر المنظم السعودي على تعداد خطاب الضمان من ضمن الأعمال البنكية التي ورد تعدادها على سبيل المثال بالمادة الأولى فقرة (ب) من نظام مراقبة البنوك الصادر بموجب المرسوم الملكي رقم م/٥ وتاريخ ١٣٨٦/٢/٢٢ هـ.

إصدار خطاب الضمان والذي يتضمن بشكل خاص شروطه، وكيفية إصداره، والآثار المترتبة عليه، وكيفية تعديله، وكيفية انتهائه.

وتجدر الملاحظة في هذا الشأن إلى أن البيانات والشروط التي تتضمنها هذه النماذج وإن كانت تتفق بالنسبة للشروط الجوهرية فإنها تختلف في بعض الجزئيات وفي صياغتها من بنك إلى آخر.

وفي حالة عدم وجود قاعدة عرفية خاصة أو شرط اتفاقي فإن خطاب الضمان يخضع للقواعد القانونية العامة.

وفي القانون التونسي تتميز القواعد المتعلقة بالضمانات المطلوبة عند المشاركة في المناقصات العامة أو لدى إرساء تنفيذ المشاريع والصفقات العامة بالعمومية وبعوض الغموض، حيث صدر الأمر عدد ٧٤-٧٥ بتاريخ ٢٧ جويلية ١٩٧٤ م^١ المتعلق بتنظيم الصفقات العمومية، والمنقح بموجب الأمر عدد ٨١-١٠٥٦ بتاريخ ١٢ أوت ١٩٨١ م^٢، كما صدر القانون عدد ٧٣-٨٥ بتاريخ ٢٠ جويلية ١٩٨٥ م والمتعلق بصفقات المؤسسات العمومية ذات الصبغة الصناعية والتجارية، والشركات التي تساهم الدولة والجماعات العمومية والمحلية في رأس مالها بصفة مباشرة أو غير مباشرة، وصدر أيضا الأمر عدد ٣٦-١٠ بتاريخ أول سبتمبر ١٩٨٥ م والمتعلق بالصفقات التي تبرمها المؤسسات ذات الصبغة الصناعية والتجارية والشركات التي تساهم الدولة والجماعات العمومية والمحلية في رأس مالها بصفة مباشرة أو غير مباشرة. وتتضمن هذه النصوص القواعد الخاصة بكيفية عقد هذه الصفقات، وإجراءاتها، وإنجازها وبالنظر فيها.

وتتجلى هذه العمومية خاصة في فصول الأمر عدد ٧٤-٧٥ المتعلقة بالضمانات المقدمة، حيث ترك الفصل ٥٢ منه لكراسات الشروط أمر ضبط أهمية الضمانات المالية الواجب

(١) وصدر القرار التطبيقي بتاريخ ٣١ ديسمبر ١٩٧٤ م.

(٢) وصدر القرار التطبيقي بتاريخ ٤ جانفي ١٩٨٢ م.

تقديمها من كل مقدم عرض كضمان وقتي ومن كل صفقة كضمان نهائي^١. كما جاء تحديد قيمة الضمان عاما حيث أورد الفصل ٥٣ من الأمر السابق سقفا لا يجوز أن يتعده، لكنه لم يورد الحد الأدنى له^٢. وتبرز أيضا هذه العمومية في تحديد نوع الضمان المقدم للجهة الحكومية المعلنة عن المنافسة أو المتعاقد معها، إذ يمكن أن يكون الضمان عينا أو في شكل سندات^٣، كما يمكن أن يعوض عنه بتقديم ضامن بالتضامن يلتزم مع صاحب الصفقة بتسديد المبلغ المنصوص عليه بالضمان لدى أول طلب من المستفيد من الضمان ودون إثارة أي نزاع مهما كان سببه^٤.

ونتين من خلال ما تقدم أن المشرع التونسي لم يقض بوجوب تقديم نوع خاص من الضمانات، كما هو الحال في المملكة حيث أوجب تقديم خطاب ضمان صادر عن

(١) الفصل ٥٢ من الأمر عدد ٧٤-٧٥ وتاريخ ٢٧ جويلية ١٩٧٤م: «تضبط كراسات الشروط أهمية الضمانات الواجب تقديمها:

من كل مقدم عروض بعنوان ضمان وقتي.

من كل صاحب صفقة بعنوان ضمان نهائي،

إلا أنه يمكن عدم المطالبة بتقديم ضمان بالنسبة لبعض صفقات التزويد أو الخدمات إذا كانت ظروف إبرام الصفقة طبيعتها تبرر ذلك».

(٢) الفصل ٥٣ من الأمر عدد ٧٤-٧٥ «لا يمكن أن يفوق مبلغ الضمان الوقي المبلغ المحتمل للصفقة.

ولا يمكن أن يفوق مبلغ الضمان النهائي ٣٪ المبلغ الأصلي للصفقة يضاف إليه عند الاقتصاد مبلغ الصفقات التكميلية إذا لم تشمل الصفقة على أجل ضمان التنفيذ، ١٠٪ إذا اشتملت الصفقة على أجل ضمان».

(٣) الفصل ٥٤ من الأمر عدد ٧٤-٧٥: «يمكن أن تقدم الضمان عينا أو في شكل سندات تضبط قائمتها بقرار من وزير المالية.

و يضبط نفس القرار طريقة حساب القيمة المقبولة لكل صنف من تلك السندات».

(٤) الفصل ٦٣ من الأمر عدد ٧٤-٧٥: «يمكن تعويض الضمان المالي والحجز بعنوان الضمان بتقديم شخص ضامن بالتضامن حسب الشروط المبينة بهذا القسم».

الفصل ٦٤ من نفس الأمر: «على الضامن بالتضامن أن يلتزم مع صاحب الصفقة بأن يرجع للسلطة المتعاقدة المبالغ التي قد يصير مدينا بها إلى حد مبلغ الضمان المالي وحجز الضمان الواجب إجراؤه.

يقع الدفع بطلب من السلطة المتعاقدة وبدون أن يحاول الضامن ارجاء الدفع أو إثارة أي نزاع مهما كان سببه.

يرجر التزام الشخص الضامن بالتضامن حسب مثال يضبط بقرار من وزير المالية».

بنك أو عن شركة تأمين، ولهذا السبب نلاحظ أن خطاب الضمان لم يكتب الذبوع والانتشار الكبير في الحياة العملية في تونس، وبالتالي لم يوله المشروع اهتمامه بوضع قواعد خاصة به.

وعلى خلاف الوضع السائد في المملكة العربية السعودية، وفي تونس وفي بعض البلدان الأخرى، حيث لا توجد نصوص خاصة بخطاب الضمان، فقد تدخل المشرع في بعض البلدان الأخرى لوضع الأحكام الخاصة بماهية خطاب الضمان وبإصداره وبالأثار المترتبة عليه.

فقد خصص المشرع الكويتي المواد من ٣٨٢ الى ٣٨٧ من قانون التجارة الصادر بموجب مرسوم بالقانون رقم ٦٨ لسنة ١٩٨٠م وتاريخ ٦ دي الحجة ١٤٠٠هـ الموافق ١٥ أكتوبر ١٩٨٠م، لخطاب الضمان. هذا وقد سبقه في هذا الاتجاه المشرع العراقي حيث تضمن قانون التجارة العراقي رقم ٣٠ لسنة ١٩٨٤م^١ أحكاما خاصة بخطاب الضمان بالمادة ٣٦٥ وما بعدها.

فمن خلال هذه التعميمات، والأعراف البنكية السائدة، والعقود النموذجية المعمول بها في الحياة العملية، ومن خلال التقنيات الخاصة المطبقة في بعض البلدان، سنقوم بالبحث في ماهية خطاب الضمان حتى نتمكن من البحث في إجراءات إصداره وتعديله وانقضائه.

(١) قانون التجارة العراقي الجديد رقم ٣٠ لسنة ١٩٨٤م وتاريخ ١٥/٣/١٩٨٤م - دار الحرية للطباعة، بغداد ١٤٠٤هـ - ١٩٨٤م.

المبحث الثاني

- ماهية خطاب الضمان

احتلت خطابات الضمان أهمية متزايدة في عدد كبير من الدول بشكل عام، وفي المملكة العربية السعودية بشكل خاص^١، خصوصا وأنها كانت في أهم فترات بناء المتطلبات الكبرى لنمو اقتصادها.

وتعددت أنواع خطابات الضمان، وتدخل المنظم السعودي بشكل مستمر، وجاءت اللوائح والقرارات الوزارية لجعل تقديمها إلزاميا في مجال مشتريات الحكومة وتنفيذ مشروعاتها، وأخذت الأعراف التجارية بوجوب التعامل بها في عدة مجالات، مما زاد من انتشارها ومن أهميتها في الحياة العملية، وهذا يدعونا إلى البحث في أهمية خطابات الضمان وفي أهدافها وفي أنواعها.

إلا أننا نرى من الأهمية بمكان تحديد تعرف خطابات الضمان قبل التطرق إلى أهميتها وأهدافها وأنواعها.

(١) انظر التقرير السنوي لمؤسسة النقد العربي السعودي لسنة ١٤٠١هـ - ١٩٨١م، جدول رقم ٦ (ب) المركز المالي الموحد للبنوك التجارية حسب القطاعات الاقتصادية (المطلوبات) ص ١٣٤ بلغت قيمة خطابات الضمان بملايين الريالات في: ١٩٧٠/٩/١م: ١٠٩، وفي ١٩٧٥/٧/٩م، ٧٥١، وفي ١٩٧٧/١٢/١٠م: ١٩٤٠، وفي ١٩٧٩/٥/٢٦م: ٢١٥٥، وانظر نفس التقرير لسنة ١٤٠٣هـ - ١٩٨٣م ص: بلغت القيمة: في ٢٣/٤/٨٢م، ٣٥٨٢، وانظر نفس التقرير لسنة ١٤٠٤هـ - ١٩٨٤م، ص ١٦٢، بلغت القيمة في ١/٤/١٩٨٤م: ٢٩٣٥، وانظر نفس التقرير لسنة ١٤٠٥هـ - ١٩٨٥م، ص بلغت القيمة في ٢٩/٣/١٩٨٥م: ٢٥٠٠.

الفرع الأول - تعريف خطاب الضمان

لم يتعرض المنظم السعودي لتعريف خطاب الضمان شأنه في ذلك شأن العديد من المشرعين في البلدان الأخرى، كما أنه لم يحدد أحد منهم مفهومه ولا أحكامه. وسدا لهذا الفراغ التشريعي، تدخل الفقه في هذه البلدان ليضع تعريفا لخطاب الضمان وذلك انطلاقا مما هو معمول به في الحياة العملية ومن الأعراف البنكية ومن الشروط التي تتضمنها عقود خطابات الضمان.

وبناء على هذه الأسس المعتمدة من قبل الفقه، تجدر الإشارة إلى أن خطابات الضمان لم تعرف نظاما موحدًا في مختلف البلدان وفي مختلف المعاملات، فتعددت تعاريفها، واختلف مفهومها باختلاف الطبيعة القانونية التي يمكن استنتاجها من اتفاق أطراف خطاب الضمان.

فذهب جانب من الفقه الفرنسي¹، وأخذ بذلك الاجتهاد²، إلى القول بأن التزام البنك قبل الدائن الصادر لصالحه خطاب الضمان التزام تابع لالتزام المدين الأصلي، ومن ثم يخضع للقواعد القانونية العامة، فهو التزام ناتج عن كفالة تضامنية لأن تعهد البنك تجاري في كل الأحوال. وقد تطور مضمون التزام البنك خلال السنوات القليلة الأخيرة، وخاصة في نطاق المعاملات التجارية الدولية، فظهر في الحياة العملية ما

(1) A. Boudinot, Techniques bancaires et commerciales, 1967, p. 291. J. Ferronière, opérations de banque, 1963, p. 315 - J. Hamel, Traité de droit commercial, p. 345, No 1265 - C. Gavalda et J. Stoufflet, droit de la banque, 1974, p 760, No 556 - Ripert, Traité élémentaire de droit commercial, par Roblot, 1968, p. 1022, No 2121.

(2) Caen, 4 novembre 1963, Banque 1964. p. 777.

يعرف بالضمان لدى أول طلب (La garantie a première demande) واستقر العمل به، وأقرته الأعراف البنكية. وتتضمن صيغة هذا الضمان شرطاً مفاده أن البنك يلتزم بدفع مبلغ معين من النقود لدى أول طلب من المستفيد من الضمان وذلك دون النظر في أحقية أو عدم أحقية المبالغ التي تعهد بوفائها البنك ودون اللجوء إلى أي إثبات يتعلق بالتزام البنك، وحتى في حالة معارضة المدين الأصلي عميل البنك وطالب إصدار خطاب الضمان.

ويستنتج من عبارات هذا التعهد من قبل البنك أن التزامه مستقل عن الالتزام الأصلي الذي تم بين العميل طالب إصدار خطاب الضمان والمستفيد منه، بحيث لا يجوز للبنك أن يحتج في مواجهة المستفيد بالدفع المستمدة من الالتزام الأصلي.

إلا أن الاجتهاد الفرنسي لم يأخذ بكل هذه الاستقلالية وحاول جاهداً أن يضع حداً لتطبيق هذا الشرط الذي يتضمنه الضمان لدى أول طلب، فعمدت بعض المحاكم إلى إبطال الضمان على أساس السبب، فعدم توافر السبب يبطل الضمان¹، وفي الضمان لدى أول طلب يكمن سببه في العقد الأصلي، وبطلان العقد الأصلي يرتب بطلان الضمان.

(1) Ordonnance rendue en référé par le président du tribunal de commerce de Paris, 24 mars 1981, D. 1981, p. 481, note Vasseur, Voir aussi observations M. Cabrillac et B. Teyssier, Rev. trim. de dr. com. et de dr. Eco. 1981, p. 813, no 10 : "Pour mettre obstacle au jeu de cette clause - ... - La S. A. E. fit valoir, avec succès, que : 1°/les lettres de garantie étaient nulles pour absence de cause, la - raison d'être du contrat de garantie ayant disparu; 2°/ le bénéficiaire de ces lettres se rendait coupable de fraude en essayant de profiter des termes d'un document qui lui était particulièrement favorable alors que rien ne lui était dû mais qu'il se trouvait, au contraire, en position de débiteur.

La référence à la notion de cause était déjà présente dans certaines décisions. Ainsi avait-il été admis que le contrat de garantie (trouve sa cause dans le désir et la volonté de réaliser le marché... ce qui eût été impossible sans la mise en place des cautions à première demande: Riom 11 mai 1980, D 1980, p. 336, Note Vasseur, Trib. Gr. Inst. de Montluçon, 9 Janvier 1981, D. 1981, p. 390, note Vasseur). de même la cour d'appel de Paris a-t-elle pu décider que l'annulation du contrat de base entraînerait celle de la lettre de garantie, dont elle constitue, en effet, la cause, Paris 29 janvier 1981, D. 1981 p. 336, Note Vasseur'.

وعمدت بعض المحاكم الأخرى إلى إبطال الضمان بالاستناد الى ما لاحظته من غش وتعسف في المطالبة بقيمة الضمان من قبل المستفيد منه^١. وقد أقر الفقه هذا القضاء حيث ذهب بعضهم إلى القول بأنه «ليس من المقبول أن يكون التزام ضامن الضامن (Contre-garant) مستقلا عن الالتزام الأصلي. فهو يرتبط به من خلال التزام البنك بصفته كضامن أصلي، فالضمان الأصلي لا ينشئ حاجزا بين الالتزام الأصلي وضمان الضامن، والتعسف الذي ارتكب في الضمان الأصلي يرتب نفس الآثار بالنسبة لضمان الضامن»^٢.

وقد ذهب جانب آخر من الفقه^٣، وحتى قبل تدخل الاجتهاد الى القول بإمكانية العمل بهذا الضمان الذي أدخلته الحياة العملية التجارية والتي أضفت عليه صفة

(1) Ordonnance rendue par le Président du tribunal de commerce de Paris, 5 mai 1981, D 1981, p. 481, Note Vasseur, et observations M. Cabrillac et B. Teyssié, Rev. Trim. de dr. com. et de dr. Ec. 1981 p. 814 : "le maître de l'ouvrage fit alors appel aux garanties de restitution d'acompte et de bonne fin consenties lors de la conclusion du marché par des banques Iranienues avec contre - garantie de la banque de Paris et des Pays - Bas. Leur mise en oeuvre est paralysée par le président du tribunal de commerce de Paris, observation faite que l'organisme Iranien en cause s'en prévalait (de façon abusive). En effet, 1°/ une (demande uni la térale de modification du contrat a été formulée par l'acquéreur et n'a pas abouti); 2°/ diverses obligations de paiement à la charge de l'acquéreur n'ont pas été remplies à la date prévue, 3°/ le (non-respect des obligations contractuelles par l'acquéreur) explique que Thomson ait arrêté la fourniture de ses propres prestations; 4°/ celles - ci paraissent s'élever à un montant supérieur à celui des acomptes versés par l'acquéreur. Ces éléments caractérisent la fraude manifeste que commet le bénéficiaire des garanties en prétendant en obtenir l'application".

(2) Observations M. Cabrillac et B. Teyssié, op. cit, p. 815 : "Mais on ne saurait admettre que l'engagement de garantie pris par le contre - garant est indépendant du contrat de base. Il lui est lié à travers l'engagement pris par la banque garante de premier rang. La garantie initiale le ne crée pas une cloison étanche entre le contrat de base et la convention de contre - garantie. L'abus commis au premier degré trouve naturellement echo au second degré".

(3) C Gavalda et J. Stoufflet, La lettre de garantie internationale, Rev. Trim. de dr. com. et de dr. éco 1980 p. 9 : "Il apparaît au terme de ces réflexions sur la validité de la garantie, que le droit français offre une suffisante souplesse pour accueillir un mécanisme mis au point par la pratique commerciale internationale par référence à d'autres systèmes juridiques. On ne saurait, toutefois, s'étonner de ce que certaines contraintes du droit français des contrats se manifestent, telles celles découlant de la théorie de la cause. Elles permettent aussi dans une perspective pragmatique d'assurer un minimum de protection au débiteur, cette protection, néanmoins dépend d'avantage encore du soin qui a été apporté à la rédaction du contrat définissant l'étendue de l'engagement du garant".

التجريد، بحيث يكون التزام الضامن مستقلا طبقا لما تحدده شروط عقد الضمان، فليس لهذا الالتزام، بالنسبة لوجوده، وصحته وتنفيذه، أية صلة بالعلاقة الأصلية التي تربط بين المضمون والمستفيد من الضمان، ومن ثم، لا يمكن للضامن أن يحتج بالدفع المستمدة من العقد الأصلي. وتجدر الإشارة إلى أن هذه القاعدة ليست مطلقة في التطبيقات التي أوردها الاجتهاد الفرنسي الذي أخذ ببعض الحدود المستمدة من نظرية السبب ومن قاعدة الغش والتعسف.

وفي بعض القوانين الأخرى، فرق القانون الألماني بين الكفالة العادية التي تخضع لقواعد القانون المدني والضمان المترتب على تعهد البنك والذي يخضع لقواعد خاصة ويتميز هذا الضمان بالاستقلالية والتجريد.

كما أقر القانون الإيطالي إمكانية تحول الكفالة العادية إلى ضمان مستقل وبمجرد، وذلك عن طريق الشروط الواردة في العقد^١

أما الفقه المصري^٢، فقد ذهب إلى القول بأن الالتزام المترتب على خطاب الضمان هو التزام أصيل ومستقل عن الالتزام الأصلي بين العميل والمستفيد من خطاب الضمان. وقد أكد هذه القاعدة الاجتهاد المصري^٣.

(1) C. Gavalolo. et J. Stoufflet, op, Cit, p.3, note 2

(٢) أحمد زكي الشيبني وفاروق غلاب خطابات الضمان والكفالات المصرفية، مقال في كتاب مؤتمر المحامين العرب السادس، القاهرة سنة ١٩٦١م، الجزء الخاص بالأبحاث ص ٥٧ إلى ٧٩ - راغب حيشي، خطابات الضمان، مجموعة محاضرات العام الدراسي السادس ١٩٦٠م بمعهد الدراسات المصرفية بمصر - سميحة القليوبي، النظام القانوني لخطابات الضمان المصرفية فيما بين الأطراف والغير، مجلة القانون والاقتصاد، مارس - يونيو ١٩٧٢م، العددان الأول والثاني - على جمال الدين عوض، تعليق بعنوان: النظام القانوني لخطابات الضمان، المحاماة، السنة ٤٠، ص ١٧١٠، وكتابة عمليات البنوك من الوجهة القانونية دار النهضة العربية ١٩٨١ ص ٤٨٤ وما بعدها - محمد البربري، خطابات الضمان، مجموعة محاضرات العام الدراسي السابع ١٩٦١م بمعهد الدراسات المصرفية بمصر - محمد حسني عباس، عمليات البنوك، ١٩٦٨، ص ١٣٨ وما بعدها.

(٣) ومن هذه الأحكام القضائية، نقلا عن سميحة القليوبي، مرجع سابق، ص ١١، هامش ٧: استئناف القاهرة في ٢٣/٢/١٩٥٥م، المجموعة الرسمية، جدول تجاري رقم ٧١/١١٥٦ ق، حكم النقض المصري في ١٤ مايو سنة

وقد تعددت التعريفات الفقهية لخطاب الضمان، وهذا التعدد لا يعني اختلافها، فهي وإن اختلفت صيغتها فهي تتفق في جوهرها من حيث أنها جعلت من خطاب الضمان التزاما أصيلا ومستقلا ومباشرا ومجردا، يقع على مبلغ نقدي، ولا يخص في شيء ضمان العميل فيما تعهد به وفقا للعقد المبرم بينه وبين المستفيد من الضمان.

وقد عرف بعضهم خطاب الضمان بأنه: «تعهد نهائي يصدر من البنك بناء على طلب عميله (ونسماه الأمر بدفع مبلغ نقدي معين أو قابل للتعيين بمجرد أن يطلب المستفيد ذلك من البنك خلال مدة محددة ودون توقف على شرط آخر»^١.

وقد ذهب البعض الآخر من الفقهاء^٢ إلى تعريف خطاب الضمان تعريفا من شأنه أن يجعل خطاب الضمان مقتصرًا على التعهدات التي يطلبها العملاء من البنك حتى تحل محل التأمينات النقدية التي تقدم على وجه الخصوص للجهات الحكومية عند

١٩٦٤م. مجموعة أحكام النقض، السنة ١٥، عدد ٢، ص ٦٩١، طعن رقم ٢٩/٢٧٠ ق ١ - حكم النقض المصري في ٢٦ مايو، سنة ١٩٦٩م، المجموعة ١٨ السنة ٢٠، عدد ٢، طعن رقم ٢٩٤ - حكم المحكمة الإدارية العليا، نقض رقم ٩٨٩٧ في ٣٠/٧/١٩٦٣م، منشور بمجموعة المبادئ القانونية التي قررتها المحكمة الإدارية العليا في ١٠ سنوات، ص ١١٠٧.

(١) على جمال الدين عوض، عمليات البنوك. مرجع سابق ص ٤٨٤. وتجدر الإشارة إلى أن الكاتب قد أورد هذا التعريف ليحل محل تعريفه السابق لخطاب الضمان. فقد تضمنت المحاضرة التي ألقاها في معهد الدراسات المصرفية بصر في يونيو ١٩٦١ بعنوان «خطابات الضمان من الوجهة القانونية» (نشرت بمجموعة محاضرات العام الدراسي السابع، الصادرة عن معهد الدراسات المصرفية، المطبعة العالمية، القاهرة) التعريف الآتي:

«خطابات الضمان هو تعهد مكتوب يرسله البنك بناء على طلب عميله إلى دائن هذا العميل يضمن فيه تنفيذ العميل التزاماته، أو هو - بعبارة عامة - خطاب يكفل به البنك عميله لدى دائن هذا العميل». ونلاحظ أن هذا التعريف لا يتفق واعتبار التزام البنك التزاما مباشرا ومجردا ومستقلا عن التزام العميل، بينما كان هذا التعريف يتفق مع الاتجاه الذي ساد الجمعية العمومية لقسمي الفتوى والتشريع بمجلس الدولة حتى سنة ١٩٦٤م والقائل بأن البنك يضمن تنفيذ العميل لالتزامه قبل المستفيد. (انظر سميحة القليوبي، مرجع سابق، ص ١١).

(٢) أحمد زكي الشيتي وفاروق غلاب، مرجع سابق، نقلا عن سميحة القليوبي، مرجع سابق، ص ١٢.

التعاقد معها، وتبعاً لذلك جاء تعريفهم لخطاب الضمان كما يلي: «هو تعهد مكتوب يرسله البنك بناء على طلب عميله إلى الجهة الإدارية التي يتعامل معها، يتعهد فيه بدفع المبلغ المضمون عند أول طلب ورغم معارضة المدين».

وعرفه جانب آخر من الفقهاء^١ «بأنه خطاب ذو طابع شخصي يوجهه البنك إلى المستفيد، بناء على طلب العميل، ويتعهد البنك بمقتضاه تعهداً مباشراً مجرداً غير قابل للتداول أو التنازل، بدفع مبلغ الضمان، بمجرد الطلب وخلال مدة معينة». وقد يؤخذ على هذا التعريف اعتباره لخطاب الضمان من التعهدات ذات الطابع الشخصي، فالبنك يتعهد بالدفع للمستفيد الذي يعينه العميل نفسه، فبالنسبة للبنك، فهو يتعهد بالدفع دون اعتبار لشخص المستفيد.

أما في الكويت، حيث تدخل المشرع لوضع أحكام خاصة بخطاب الضمان، فقد أوردت المادة ٣٨٢ من قانون التجارة تعريف خطاب الضمان في قولها: «خطاب الضمان تعهد يصدر من بنك بناء على طلب عميل له (الآمر) بدفع مبلغ معين أو قابل للتعين لشخص آخر (المستفيد) دون قيد أو شرط إذا طلب منه ذلك خلال المدة المعينة في الخطاب، و يوضح في خطاب الضمان الغرض الذي صدر من أجله».

وفي العراق، قد جاء تعريف خطاب الضمان بالمادة ٣٦٥ من قانون التجارة بعبارة لا تختلف في شيء عن العبارة التي جاء بها تعريف الضمان في المادة ٣٨٢ من قانون التجارة الكويتي.

ونستبين من خلال اختلاف التعاريف، أنها وإن اختلفت في صيغتها وفي بعض جزئياتها، فإنها تتضمن أهم خصائص ومميزات خطاب الضمان من حيث أنه تعهد

(١) محمد حسني عباس، مرجع سابق، ص ١٣٨.

مباشر ومجرد ومستقل، لا علاقة له بضمان التزام العميل فيما تعهد به للمستفيد وفقا للعقد المبرم بينهما، فهو يقع على مبلغ يدفعه البنك لدى أول طلب من المستفيد، ولخطاب الضمان ثلاثة أطراف: طالب أو الأمر بإصدار خطاب الضمان، وعادة يكون عميل البنك، والبنك مصدر خطاب الضمان، والمستفيد من خطاب الضمان.

وأخيرا بالنسبة للمملكة العربية السعودية، فإننا نلاحظ أن تعريف خطاب الضمان لم يتل من اهتمام المنظم أو الفقه شيئا. ومن ثم لكي نتمكن من تعريفه فإنه يتعين علينا الرجوع إلى صيغة التزام البنك الذي يتضمنها خطاب الضمان النهائي وخطاب الضمان المؤقت.

ففي خطاب الضمان النهائي ترد صيغة التزام البنك بالعبرة التالية^١: «نتعهد بهذا تعهدا غير مشروط بأن نضع تحت تصرفكم مبلغا لا يزيد عن المبلغ المذكور أعلاه وقدره..... عند استلام أول اشعار خطي يصدر منكم خلال مدة صلاحية هذا الضمان، و يفيد وفقا لتقديركم المطلق بوجود تقصير في تنفيذ العقد المذكور أعلاه نشأت عنه مطالبتكم بموجب هذا الضمان».

وفي خطاب الضمان المؤقت، تختلف صيغة التزام البنك إذ ترد بالعبرة الآتية^١: «حيث أن السادة..... قد تقدموا بطلباتهم عن توريد (أو مقاوله)..... يضمن بهذا البنك..... ضمانا غير مشروط بأن يدفع لكم عند أول اشعار خطي منكم بالمطالبة

(١) تجدر الإشارة إلى أنه بالرجوع إلى نماذج خطابات الضمان النهائية التي تصدرها مختلف البنوك العاملة في المملكة العربية السعودية، فإننا نلاحظ أنها وإن اختلفت في شكلها، فإنها تتضمن نفس صيغة الالتزام وذلك بناء على التوجيهات الصادرة من وزارة المالية والاقتصاد الوطني بموجب تميمها رقم ١٧٧٥٤/٤ وتاريخ ١٠/٢١/١٣٩١هـ والذي تم تطبيقه اعتبارا من غرة شهر ذي الحجة ١٣٩١هـ.

(١) جاءت عبارة الالتزام في نماذج خطابات الضمان الصادرة عن مختلف البنوك العاملة في المملكة بنفس الصيغة، وإن اختلف شكل الخطاب، وذلك بناء على التوجيهات الصادرة من وزارة المالية والاقتصاد الوطني بموجب التعميم رقم ١٧٧٥٤/٤ وتاريخ ١٠/٢١/١٣٩١هـ والخاص بصيغة خطاب الضمان النهائي.

بالدفع مبلغا لا يتجاوز..... وذلك ما يعادل نسبة..... من قيمة عطائهم بموجب شروط المناقصة.

يسري مفعول هذا الضمان..... حتى نهاية اليوم..... من الشهر..... من عام..... ويجب التقدم بأي مطالبة بدفع قيمة هذا الضمان خلال مدة سريانه». ومن خلال هاتين الصيغتين نتبين ان التزام البنك في خطاب الضمان النهائي وإن كان غير مشروط فإنه مقيد بوجود تقصير في تنفيذ العقد، وإن كان تقدير هذا التقصير متروكا وبشكل مطلق للمستفيد من الضمان. بينما يكون التزام البنك في خطاب الضمان المؤقت غير مشروط ولا مقيد بحيث يلتزم البنك بالدفع بمجرد طلب المستفيد.

ونستنتج مما تقدم أن التزام البنك بخطاب الضمان النهائي لم يأت مجردا تجريدا تاما، بحيث تبقى ظلال نظرية السبب مسيطرة على التزام البنك، إذ لا يمكن للمستفيد أن يطالب بقيمة الضمان إلا في حالة التقصير في التنفيذ من قبل المدين الأصلي، وهو عميل البنك الذي طلب إصدار خطاب الضمان، إلا أن ترك تقدير التقصير للمستفيد وبشكل مطلق يجعلنا نذهب الى القول بانحلال السببية، ومن ثم فإن التزام البنك بموجب خطاب الضمان النهائي يبقى معلقا بين وجود السببية وعدم وجودها.

أما بالنسبة لالتزام البنك بخطاب الضمان المؤقت، فإننا نذهب الى القول بأنه التزام مجرد تجريدا تاما لاصلة له بالالتزام الأصلي المبرم بين العميل طالب خطاب والمستفيد منه، وبالتالي، وفي الأصل لا علاقة له بنظرية السببية^١. ومع هاتين الملاحظتين فإننا نتبين أن الطابع التجريدي يغلب في الحالتين.

(١) وفكرة تجريد الالتزام واستقلاله عن العلاقة الأصلية ليست بجديدة على القانون التجاري السعودي كغيره من القوانين التجارية في عدد من البلدان الأخرى، فقد وردت بنظام الأوراق التجارية الصادر بموجب المرسوم الملكي رقم ٣٧ وتاريخ ١١/١٠/١٣٨٣هـ، حيث قضت المادة ١٧ منه بأنه: «ينقل التظهير جميع الحقوق الناشئة عن الكمبيالة،

وبناء على ما تقدم وانطلاقاً من صيغة التزام البنك يمكن أن نعرف خطاب الضمان بأنه : تعهد مكتوب يصدر من البنك بناء على طلب عميله لفائدة شخص آخر تربطه علاقة أصلية بالعميل و يعرف بالمستفيد من خطاب الضمان ، وبموجب هذا التعهد يلتزم البنك التزاماً غير مشروط بدفع مبلغ معين أو قابل للتعيين من النقود لدى أول طلب يقدمه المستفيد للبنك خلال مدة صلاحية الضمان ، وقد يقيد الدفع بوجود تقصير في تنفيذ الالتزام الأصلي المبرم بين العميل والمستفيد ، و يكون للمستفيد حق التقدير المطلق للتقصير في التنفيذ .

وليس لمن أقيمت عليه دعوى الكميالة أن يحتج على حاملها بالدفع المبنية على علاقته الشخصية بصاحبها أو بحاملها السابقين ما لم يكن قصد الحامل وقت حصوله على الكميالة الإضرار بالمدين « . كما قضت المادة ٢/١٩ من نفس النظام بهذه القاعدة في قولها : «وليس للمدين بالكميالة الاحتجاج على الحامل بالدفع المبنية على علاقته الشخصية بالمظهر إلا إذا قصد الحامل وقت حصوله عليها الإضرار بالمدين» .

ونلاحظ أن تطبيق قاعدة عدم الاحتجاج بالدفع والمترتب عليها تجريد الالتزام واستقلاله مشروط بحسن نية الحامل ، بحيث أن سوء نية الحامل يجعلنا نستبعد تطبيق القاعدة ، وفي نفس السياق نذهب الى القول بأن غش أو تحايل المستفيد يجعلنا نستبعد تطبيق تجريد الالتزام واستقلاله .

الفرع الثاني

أهمية خطابات الضمان

تضطلع خطابات الضمان بدور هام في الحياة الاقتصادية، فهي تحل محل التأمين النقدي لضمان جدية العروض المقدمة في منافسة عامة، ولضمان حسن تنفيذ التزام من الالتزامات المتعلقة بمشتريات الحكومة أو بتنفيذ أعمالها أو بأي عمل آخر، وهي بالتالي تجنب أطراف الالتزام الأصلي كل الإجراءات المعقدة التي يتطلبها التأمين النقدي خاصة في مجال مشتريات الحكومة وتنفيذها، كما تمنح الأطراف العديد من المزايا.

أولا - خطاب الضمان يحل محل التأمين النقدي

قضى نظام تأمين مشتريات الحكومة وتنفيذ مشروعاتها، كما قضت اللائحة التنفيذية لهذا النظام بوجوب تقديم ضمان ابتدائي لدى تقديم العروض وبقية تتراوح بين ١ و ٢٪ من مجموع قيمة العطاء^١، وذلك لضمان جدية العطاء، وبوجوب تقديم ضمان نهائي من قبل مقدم أفضل العطاءات والذي أرسى عليه العطاء وبقية ٥٪ من مجموع قيمة العقد^٢، وذلك لضمان حسن تنفيذ المشروع والأعمال المناطة بمعهد الملتزم بتنفيذها، سواء كانت هذه الأعمال أعمال مقاولات أو صيانة أو تدريب أو غيرها.

(١) المادة ٢/د من نظام تأمين مشتريات الحكومة وتنفيذ مشروعاتها، والمادة ٩ من اللائحة التنفيذية.

(٢) المادة ٧/أ من نظام تأمين مشتريات الحكومة وتنفيذ مشروعاتها، والمادة ٢١ من اللائحة التنفيذية.

وفي حالة عدم تقديم الضمان المؤقت فإنه لا ينظر في العرض من قبل اللجنة المختصة للنظر في العروض^١، وكذلك الأمر في حالة احضار الضمان في اليوم التالي لفتح المظاريف^٢.

أما في حالة تقديم الضمان المؤقت ناقصا، فالأصل استبعاد العرض، إلا أن هذه القاعدة لا تنسجم بالاطلاق، إذا يمكن للجهة الحكومية أن تقبل العرض في حالة توافر الشروط التالية: إذا كان العرض المقدم أقل العروض ويحقق وفرا للخزينة العامة، وإذا كان النقص الوارد في الضمان ضئيلا، وإذا جاء النقص نتيجة خطأ غير مقصود من المتنافس^٣.

(١) خطاب وزارة المالية رقم ١٠٠٤٥/٢١ بتاريخ ١٣٩٧/٦/٢٦ هـ ردا على برقية الأرصاد الجوية بجدة رقم ١٤٦٠ في ١٣٩٧/٦/٧ هـ والتي جاء بها السؤال الآتي: هل يجوز قبول العرض إذا لم يكن مصحوبا بضمان ابتدائي؟: «إنه لا يلفت الى العطاء غير مصحوب بالضمان الابتدائي طبقا للفقرة (د) من المادة الثانية من نظام تأمين مشتريات الحكومة».

(٢) خطاب وزارة المالية رقم ١٣٧٩٤/٢١ بتاريخ ١٣٩٧/٩/١٤ هـ ردا على خطاب وزارة البرق والبريد والماتف رقم ٢/٤٥٢٤ وتاريخ ١٣٩٧/٨/١٠ هـ والتي ورد به السؤال الآتي: هل يجوز قبول العرض غير مصحوب بالضمان الابتدائي بعد احضار الضمان في اليوم التالي لفتح المظاريف؟: «لا يجوز قبول العطاء الغير مصحوب بضمان ابتدائي أو مخالفة لأشكال الضمان طبقا لنص الفقرة (د) من المادة (٢) من النظام، وإذا وجدت حاجة تدعو للإستثناء من النظام، فيمكن عرض الأمر على اللجنة الوزارية طبقا للمادة ١٢ من النظام للنظر في إجازة قبول مثل هذا العطاء».

(٣) تميم وزارة المالية رقم ١٥٣٧٥/١٧ بتاريخ ١٣٩٩/٩/١١ هـ ردا على استفسارات وزارة المعارف. والأمن العام وإمارة منطقة القصيم عن التساؤل الآتي: إذا قدم الضمان الابتدائي ناقصا فهل يستبعد العطاء، أم يجوز اعطاء مهلة لإكماله؟: «كانت وجهة نظر وزارة المالية وجوب التقيد بنص الفقرة (د) من المادة الثانية من النظام والتي بمقتضاها لا يجوز قبول هذا الضمان، إلا أنها مع هذا حاولت إيجاد ما من شأنه أن يحقق المصلحة للطرفين (الجهة الإدارية والمتنافس) في حالة تقديم الضمان الابتدائي ناقصا». وقد جاء بهذا التعميم: «إنه إذا كان أقل العروض يحقق وفرا للخزينة العامة ولم يكن مصحوبا بضمان ابتدائي كامل، وتحقق أن النقص في الضمان طفيف بما يقلب معه الظن أنه نتيجة خطأ غير مقصود من المتنافس، فمثل هذا العرض يقبل على اعتبار أن ما حصل كان نتيجة خطأ مادي غير مقصود، و يطلب من صاحب العرض اكمال الضمان خلال ثلاثة أيام من اليوم التالي لفتح المظاريف، أما إذا كان نقص الضمان كبيرا، مما يغلب معه الظن أنه نقص مقصود لسبب كامن في نفس المتنافس، فإن هذا العرض يستبعد على اعتبار أنه مخالف للشروط والمواصفات. و يترك دراسة مثل هذا التقدير للجنة فحص العروض، ولذا حصل خلاف بين أعضائها أمكن الكتابة لوزارة المالية لترجيح الرأي الذي يرى أنه يحق للصالح العام».

وفي حالة عدم تقديم الضمان النهائي، فإنه يجوز للجهة الحكومية أن تمنحه مدة إضافية لا تتجاوز عشرة أيام، وفي حالة انتهاء المدة مع عدم تقديم الضمان النهائي، فللجهة الإدارية الخيار بين مصادرة الضمان المؤقت أو تنفيذ ما تم رسؤه على صاحب العرض على حسابه ولها أن ترجع عليه بالتعويض^١.

ويمثل خطاب الضمان الصادر عن أحد البنوك أهم الضمانات التي يتطلبها النظام بديلا عن التأمين النقدي، إذ يتضمن التزام البنك في خطاب الضمان الابتدائي التزاما مستقلا ومجردا وغير مقترن بشرط أن يضع البنك تحت تصرف الجهة الحكومية المستفيدة من خطاب الضمان مبلغا نقديا يساوي التأمين النقدي، وأن يكون البنك على استعداد لدفعه لدى أول طلب يقدمه المستفيد دون مراعاة لأية معارضة من جانب عميل البنك طالب إصدار الضمان، أما في حالة خطاب الضمان النهائي، فإنه على البنك أن يدفع قيمة الضمان لدى تقديم أول طلب من قبل المستفيد عند تقديره المطلق لتقصير العميل في تنفيذ التزامه الأصلي.

(١) المادة ٢١ من اللائحة التنفيذية للنظام: «يجب على صاحب العطاء المقبول أن يودع في مدة لا تتجاوز عشرة أيام من تاريخ اليوم التالي لإخطاره بخطاب مسجل بقبول عطائه أحد الضمانات المنصوص عليها في المادة (٧) من النظام، مالم يقض النظام بغير ذلك».

المادة ٢٣ من نفس اللائحة: «إذا لم يقدم صاحب العرض المقبول بتقديم الضمان النهائي في الميعاد جاز للجهة الإدارية أن تمنحه ميعادا إضافيا لا يتجاوز عشرة أيام فاعذا لم يقدمه خلال ذلك كان للجهة الإدارية الخيار بين مصادرة الضمان المؤقت، أو أن تنفذ مارسا على صاحب العرض على حسابه وترجع عليه بالتعويضات».

ثانيا - مزايا خطابات الضمان

تمنح خطابات الضمان مزايا متعددة لكل الأطراف ، سواء كان العميل طالب إصدار خطاب الضمان ، أو المستفيد منه ، أو أن البنك مصدره .

١ - مزايا خطابات الضمان بالنسبة للعميل .

عادة عندما يدخل المكاو مناقصة ، وعندما يرسو عليه العطاء ويتعاقد مع الجهة الحكومية ، يكون في أمس الحاجة الى السيولة ، فتجميد أي مبلغ من النقود كتأمين نقدي لدى الجهة الإدارية مدة طويلة يزيد من حاجاته المالية التي تتطلبها أعماله ، هذه الأسباب ، يكون خطاب الضمان من أحسن الوسائل لعدم تجميد هذه المبالغ ، وبالتالي تمكين المكاو من استغلالها واستثمارها في أوجه أعماله ، خاصة وأنه ، في حالة وجود بنك يقرضه قيمة التأمين النقدي ، فإن قيمة الفائدة التي سيدفعها تكون أعلى من قيمة العمولة التي سيدفعها العميل للبنك مقابل إصداره لخطاب الضمان ، وذلك لأن البنك لن يدفع قيمة الضمان في أحسن الظروف .

فعملية إصدار خطاب الضمان تعتبر تسهيلا ائتمانيا يمنحه البنك لعميله ، وحتى يطمئن البنك على استرجاع ما قد يدفعه للمستفيد ، فعادة يطلب من عميله تقديم غطاء نقدي أو عيني مقابل إصدار خطاب الضمان ، وتكون قيمة الغطاء أقل من قيمة خطاب الضمان ، بحيث يبقى جزء من قيمة الضمان مكشوبا أي دون غطاء ، وفي بعض الحالات قد يكتفي البنك بثقته في العميل وفي سمعته المالية الجيدة ، فيصدر خطاب الضمان على المكشوف أي دون أن يطلب منه غطاء لا نقديا ولا عينيا .

ومن جهة أخرى ، إذا كان مقدم العرض أو المتعاقد مع الجهة الحكومية مقيما في الخارج ، فإنه يكون في غنى عن تحويل العملات الأجنبية المساوية لقيمة التأمين النقدي المطلوب إيداعه خزينة الجهة الحكومية ، كما يغنيه خطاب الضمان عن إعادة تحويل هذه المبالغ ثانية في حالة عدم رسو العطاء عليه ، أو في حالة الانتهاء من تنفيذ العملية المتفق عليها دون مصادرة خطاب الضمان ، هذا علاوة على الآثار التي يمكن أن تترتب على عملية التحويل وخاصة منها المتعلقة بتغيير أسعار الصرف في الفترة ما بين تقديم التأمين النقدي وإرجاعه ، والمتعلقة بتحمل الإجراءات المعقدة التي تتطلبها الرقابة على النقد في بعض البلدان .

ثم إن خطاب الضمان لا يعتبر أداة وفاء أو أداة ائتمان كأبي ورقة من الأوراق التجارية ، ومن ثم فإنه يصدر باسم المستفيد ، ولا يجوز له أن يظهره إلى غيره ، ولا أن يتنازل عنه لأي شخص من الأشخاص .

٢ - مزايا خطابات الضمان بالنسبة للجهة الإدارية المستفيدة منها :

يحمل خطاب الضمان بالنسبة للجهة الإدارية المستفيدة منه محل التأمين النقدي من حيث أنه يعتبر ضمانا كافيا لا يقل أهمية عن الضمان النقدي وذلك لما تتضمنه صيغة شروط خطاب الضمان التي تجعل من التزام البنك المصدر التزاما مستقلا وبجردا ، فهو يلتزم بالتسديد دون أي شرط بل وحتى رغم اعتراض العميل فيمكن للمستفيد أن يحصل على قيمة خطاب الضمان في أي وقت أراد ، أي وكأن قيمة الضمان موجودة في خزائنه .

ومن جهة أخرى ، يجب خطاب الضمان الجهة الإدارية من القيام بالإجراءات الإدارية والمحاسبة المعقدة التي تتطلب وقتا وجهدا من موظفي الإدارة المالية سواء كان عند إيراد الضمان أو عند الإفراج عنه .

وأخيراً قد يكون خطاب الضمان أكثر ملاءمة وتمشياً مع مبدأ سرية المنافسة، فدفع الضمان النقدي إلى الحزاة العامة قد يؤدي إلى تفشي سرية العرض عند معرفة مبلغ الضمان، خاصة وأن الشيك قد استبعد كشكل من أشكال الضمان بموجب تعميم وزارة المالية رقم ١٥٣٧٥/١٧ وتاريخ ١٣٩٩/٩/١١ هـ وذلك لعدة أسباب :

السبب الأول: الشيك ليس بأداة ائتمان، فهو أداة وفاء فقط، وقد قضت بذلك المادة ١٠٢ من نظام الأوراق التجارية الصادر بموجب المرسوم الملكي رقم ٣٧ وتاريخ ١٣٨٣/٠/١١ هـ في قولها: «الشيك مستحق للوفاء بمجرد الاطلاع عليه وكل بيان مخالف لذلك يعتبر كأن لم يكن. وإذا قدم الشيك للوفاء قبل اليوم المعين فيه كتاريخ لإصداره، وجب وفاؤه في يوم تقديمه». ومن جهة أخرى. قضت المادة ١٠٣ من نفس النظام بوجوب تقديم الشيك إلى البنك للوفاء خلال شهر من تاريخ إصداره إذا كان الشيك مسحوباً في المملكة ومستحقاً للوفاء فيها، وخلال ثلاثة أشهر إذا كان مسحوباً خارج المملكة ومستحقاً للوفاء فيها.

وقضت أيضاً المادة ١٠٥ من نفس النظام أنه «للمسحوب عليه أن يوفي قيمة الشيك ولو بعد انقضاء ميعاد تقديمه، ولا تقبل المعارضة من الساحب في وفاء الشيك إلا في حالة ضياعه أو إفلاس حسابه، أو طرأ ما يخل بأهليته». ويستنتج من صيغة هذا النص أنه إذا لم يقدم الشيك خلال المدة المحددة فإنه يمكن للساحب أن يعارض في الوفاء، ثم لا يمكن للمستفيد أن يرجع على البنك في حالة عدم وجود رصيد بعد هذا التاريخ.

وأخيراً قضت المادة ١١٦ من نفس النظام أنه: «لا تسمع دعاوى رجوع الحامل على المسحوب عليه والساحب والمظهر وغيرهم من الملتزمين بعد مضي ستة أشهر من تاريخ انقضاء ميعاد تقديم الشيك». ولما كانت المدة المحددة لتقديم الشيك للوفاء قصيرة وميعاد سقوط الدعوى قصيراً، ولما كانت المدة المحددة للضمان تفوق عادة هذه

المدد، فإن الضمان بموجب الشيك سيفقد كل أهميته عند تحطى هذه المدة المحددة نظاماً .

السبب الثاني: من الناحية النظامية لا يمنح الشيك للجهة الإدارية ضماناً كافياً فيما يتعلق بوجود الرصيد حتى ولو كان مؤشراً عليه من قبل البنك، إذ تنص المادة ١٠٠ من نظام الأوراق التجارية على أنه: «لا يجوز للمسحوب عليه أن يوقع على شيك بالقبول، وكل قبول مكتوب عليه يعتبر كأن لم يكن، ومع ذلك يجوز للمسحوب عليه أن يؤثر على الشيك باعتماده، وتفيد هذه العبارة وجود مقابل وفاء في تاريخ التأشير، ولا يجوز للمسحوب عليه رفض اعتماد الشيك إذا كان لديه مقابل وفاء يكفي لدفع قيمته. و يعتبر توقيع المسحوب عليه على صدر الشيك بمثابة اعتماد له» .

وإن جاءت الأحكام المتعلقة بالشيك موافقة لقانون جنيف الذي تقرر في مؤتمر جنيف حيث تم الاتفاق على الأحكام الخاصة بالشيك بتاريخ ١٩ مارس ١٩٣١م، فإن نص المادة ١٠٠ من نظام الأوراق التجارية لا يخلو من بعض التساؤلات. لم يورد نص معاهدة جنيف المتضمنة للقانون الموحد المتعلق بالشيك، أحكاماً خاصة بالاعتماد، إلا أن المادة السادسة من الملحق الخاص بالتحفظات قد نصت على أنه :

«كل من الدول المتعاقدة أن تقرر جواز وضع المسحوب عليه بياناً يفيد الاعتماد (Certification) أو التأيد (Confirmation) أو التأشير (Visa)، أو أي بيان آخر مماثل بشرط ألا يترتب على هذا البيان أثر القبول، وأن تنظم أحكامه القانونية» .

وقد أخذ المنظم السعودي بهذه الإجازة، وقضى بشكل صريح وواضح بحظر توقيع الشيك بالقبول من قبل المسحوب عليه، وإذا اشتمل الشيك على قبول، اعتبر هذا القبول كأن لم يكن، وبذلك يكون القبول باطلاً ويبقى الشيك صحيحاً. ويمكن سبب هذا الحكم في أن الشيك أداة وفاء، فهو مستحق الدفع بمجرد الإطلاع، فلا

تستحق أية فائدة من تقديمه للمسحوب عليه للقبول ، فللحامل أن يقدمه للوفاء من بداية انشائه ، وهذا على خلاف الكمبيالة المسحوبة لأجل ، فهي مستحقة لأجل محدد ، وللحامل أن يقدمها للقبول ضمانا لوفائها في تاريخ استحقاقها .

وإلى جانب هذه القاعدة ترك قانون جنيف الموحد الحرية للدول المتعاقدة بأن تضمن تشريعاتها الداخلية نصا يحيز للمسحوب عليه ، وضع بيان يفيد الاعتماد أو التأيد أو التأشير ويحدد أحكامه القانونية وآثاره .

وقد عملت المملكة العربية السعودية شأنها في ذلك شأن العديد من البلدان بهذه الإجازة في نطاق المادة ١٠٠ من نظام الأوراق التجارية .

وتجدر الملاحظة في هذا الشأن أنه بقدر ما جاءت العبارة الخاصة بالقبول واضحة بمقدار ما جاءت العبارة الخاصة بالاعتماد غامضة وغير ملائمة ، فيبدو أن المنظم السعودي قد خلط بين لفظين يختلف مفهومهما لغويا وعرفيا وقانونيا وهما : «الإعتماد - Certification» و «التأشير - Visa» ، فالشيك المعتمد هو شيك يقدم إلى المسحوب عليه من قبل الساحب ، وذلك بناء على طلب من المستفيد لوضع بيان عليه من قبل البنك يفيد الاعتماد و يرتب تجميد الرصيد لصالح الحامل لمدة محددة بحيث يصبح المسحوب عليه ملزما بتسديد قيمة الشيك خلال هذه المدة . وعلى خلاف هذا الأثر لا يرتب التأشير إلا اقرار المسحوب عليه بوجود مقابل وفاء للشيك بتاريخ التأشير .

ومقارنة بهذا الوضع في المملكة العربية السعودية ، فقد أخذ المشرع الفرنسي بحكم تأشير الشيك بموجب الأمر الصادر في ٣٠ أكتوبر ١٩٣٥م ، حيث قضت المادة الرابعة منه بأنه «لا يجوز قبول الشيك ، وكل عبارة على الشيك تفيد قبوله تعتبر غير مكتوبة» .

إلا أنه يجوز للمسحوب عليه أن يؤثر على الشيك، و يترتب على هذا التأشير إثبات وجود مقابل الوفاء بتاريخ التأشير»^١.

وقد ذهب الفقه والقضاء^٢ الى القول بأنه لا يترتب على التأشير تجميد مقابل وفاء الشيك المؤثر عليه، بل يقتصر الأثر على إثبات وجود الرصيد فقط، وذلك لأن تجميد مقابل الوفاء وخاصة لمدة غير محددة يرتب نفس آثار القبول، ومن ثم فهو بمثابة القبول، وهذا ما يحظره القانون صراحة.

ولما كان أثر التأشير إثبات وجود مقابل الوفاء عند تاريخ التأشير، فإن المسحوب عليه يظل ملتزما بتسديد أي شيك آخر يقدم إليه، وهذا على كل رصيد الحساب، حتى ولو لم يقدم بعد الشيك المؤثر عليه للوفاء.

ولما كان التأشير غير ذي فائدة، ويندر التعامل به في الحياة العملية، فقد رأى المشرع الفرنسي لزاما عليه التدخل لتعديل المادة الرابعة السابقة الذكر ووضع نصا مكتملا لها بتاريخ ٢٨ فيفري ١٩٤١م يأخذ باعتماد الشيك، فجاء بالمادة الأولى من هذا القانون الجديد: «على الرغم من كل نص مخالف يتحتم على المسحوب عليه اعتماد الشيك الذي يكون له رصيد كاف بتصرف الساحب، وذلك في حالة طلب الاعتماد من قبل الساحب أو الحامل.

و يظل رصيد الشيك المعتمد مجمدا لمصلحة الحامل وعلى مسؤولية المسحوب عليه حتى انتهاء مدة التقديم المنصوص عليها بالمادة ٢٩ من قانون ١٤ جوان ١٨٦٥م المعدل بأمر ٣٠ أكتوبر ١٩٣٥م.

(1) Article 4 du décret français en date du 30 octobre 1935 unifiant le droit en matière de chèque : "le chèque ne peut être accepté. Une mention d'acceptation portée sur le chèque est réputée non écrite Toutefois, le tiré a la faculté de viser le chèque. Le visa a pour effet de constater l'existence de la provision à la date à laquelle il est donné".

(2) Trib. de la seine, 5/11/1930, G. P. 1932, II, p. 240. Cabrillac, Enc. Dalloz, Droit commercial, Terme chèque, No 63

و يعتبر توقيع المسحوب عليه على صدر الشيك بمثابة الاعتماد له ، ولا يجوز للمسحوب عليه رفض الاعتماد إلا لعدم كفاية الرصيد^١ .

أما القانون التونسي ، فشأنه شأن القانون الفرنسي ، فقد أخذ في نفس الوقت بإمكانية التأشير والاعتماد و فرق بين الآثار المترتبة على كل منهما^٢ .

(1) Loi française du 28 février 1941 relative à la certification du chèque : Art ler : "Nonobstant toutes dispositions contraires, tout chèque pour lequel la provision correspondante existe à la disposition du tireur doit être certifié par le tiré si le tireur ou le porteur le demande.

La provision du chèque certifié reste sous la responsabilité du tiré bloquée au profit du porteur jusqu' au terme du délai de présentation fixé par l'article 29 de la loi du 14 juin 1865 modifiée par le décret du 30 octobre 1935.

La certification résulte de la signature du tiré au recto du chèque. Elle ne peut être refusée que pour insuffisance de la provision".

(١) نص الفصل ٣٤٩ من المجلة التجارية التونسية الصادرة بتاريخ ٢ ربيع الثاني ١٣٧٩ هـ الموافق ١٥ أكتوبر ١٩٥٩ م على أنه : «لا يخضع الشيك لشرط القبول ، وكل عبارة متضمنة للقبول تدرج بالشيك تعتبر لاغية . على أنه يجوز للمسحوب عليه التأشير على الشيك وتكون نتيجة هذا التأشير إثبات وجود الرصيد في تاريخ وضعه» . وجاء نص الفصل ٣٥٠ من نفس المجلة متعلقا بالاعتماد ، فقضى بأنه : «يجب على المسحوب عليه أن يشهد باعتماد الشيك الذي توفر الرصيد المقابل له المسحوب عليه متى طلب ذلك منه الساحب أو الحامل ، هذا برغم ما تقتضيه أحكام أخرى مخالفة لهذا النص .

يبقى رصيد الشيك المشهود باعتماده في ضمان المسحوب عليه وفقا على الحامل إلى نهاية آجال العرض المعينة بالفصل ٣٧٢ .

تكون الشهادة باعتماد الشيك ناتجة عن توقيع المسحوب عليه على صدر الشيك ، ولا يجوز رفضها إلا لعدم كفاية الرصيد» .

(٢) أما القانون اللبناني ، شأنه في ذلك شأن القانون السوري والقانون الأردني ، فإنه لم يأخذ إلا بإمكانية التأشير . وتجدر الإشارة إلى أنه لم يقع في الخلط بين التأشير والاعتماد فقد نصت المادة ١٢٢ من قانون التجارة اللبناني على أنه : «لا يخضع الشيك لشرط القبول ، وإذا كتب على الشيك عبارة تختص بالقبول فتعد لغوا .

إلا أنه يجوز للمسحوب عليه أن يؤشر على الشيك وتكون نتيجة هذا التأشير إثبات وجود المؤونة بتاريخ إصدار الشيك» . وفي نفس الاتجاه ، المادة ٥١٨ من قانون التجارة السوري ، والمادة ٢٣٢ من قانون التجارة الأردني .

فبالمقارنة مع القانونين الفرنسي والتونسي من جهة ومع القوانين اللبنانية والسوريه والأردنيه، نتبين أن المنظم السعودى قد أورد نصا غامضا وغريبا فى هذا الشأن، فقد استعمل عبارة «الاعتماد» ورتب عليه آثار التأشير.

فعبارة الاعتماد تفيد، عرفا وقانونا طبقا للقانون الموحد لجنيف، الحجز لمدة محددة وذلك حتى لا يترتب على الحجز غير المحدود القبول، فى حين أن المنظم السعودى انصرف إلى ترتيب اثبات وجود مقابل الوفاء عند اعتماد الشيك، الشيء الذى يؤدى إلى القول بتناقض عبارات هذه المادة من جهة، وبعدم جدواها من الناحية العملية من جهة أخرى.

ولتعليل هذا الموقف، قد يمكن القول بأن ما وصل اليه المنظم السعودى قد نتج عن إدماج العبارتين «الاعتماد والتأشير» وفى استعمالهما فى آن واحد. فقد قضت المادة ١٠٠ من نظام الأوراق التجارية بعدم جواز قبول الشيك من قبل المسحوب عليه، ثم استعملت عبارتي التأشير بالاعتماد، ورتبت عليهما الآثار القانونية المترتبة على التأشير، ثم بعد ذلك استعملت الادة عبارة الاعتماد فقط عندما ألزمت المسحوب عليه باعتماد الشيك إذا كان لديه مقاول وفاء يكفي لدفع قيمة الشيك وعندما اعتبرت توقيع المسحوب عليه على صدر الشيك بمثابة الاعتماد.

وعلى الرغم من هذا التناقض بين العبارة المستعملة والآثار المترتبة عليها، فإننا نعتقد أن المنظم السعودى قد أراد بعبارة «اعتماد» «التأشير» وذلك بالرجوع إلى المذكرة التفسيرية للنظام، حيث ورد بها معنى الاعتماد واضحا ولايثير أى شك، فقد جاء بها: «ولكن المادة ١٠٠ أجازت توقيع المسحوب عليه على الشيك إذا لم يقصد به القبول، كأن يقصد به اعتماد الشيك، ورتب على هذا الاعتماد وجود مقابل وفاء الشيك لدى المسحوب عليه».

وأمام غموض هذه المادة، وأمام ترجيح تطبيقها في إطار التأشير وما يترتب عليه، رأت البنوك العاملة في المملكة العربية السعودية ضرورة معالجة الوضع، فضمنت نموذج الطلب المقدم من قبل الساحب لاعتماد^١ الشيك شرطاً يمكن البنك من حجز المبلغ المعتمد.

وقد جاءت عبارة النموذج «طلب تصديق شيك» والمعمول به في أحد البنوك^٢ بالعبارة الآتية: «نرجو حضرتكم أن تؤشروا بعبارة مقبول الدفع على الشيك المرفق... وبموجب كتابنا هذا نفوضكم تفويضاً لا رجوع عنه بحجز مؤنة الشيك أعلاه وتحويل قيمته من حسابنا لديكم إلى حساب خاص لديكم لدفعها حين عرضه عليكم من قبل المجير الأخير».

وتثير هذه الصيغة بعض الملاحظات: تتعلق الملاحظة الأولى بعبارة «مقبول الدفع» ودون تحديد مدة لحجز قيمة الشيك، فنص المادة ١٠٠ من نظام الأوراق التجارية يحظر قبول الشيك، وكل عبارة في هذا المفهوم تعتبر كأن لم تكن فوجودها يماثل عدم وجودها.

وتتعلق الملاحظة الثانية بالآثار المترتبة على وجود هذه العبارة، حيث أنه إذا اعتبرت عبارة «مقبول للدفع» كأن لم تكن فإنها لا ترتب أي أثر قانوني، ويعتبر الشيك شيكاً عادياً.

وتتعلق الملاحظة الثالثة بالتفويض بحجز المؤنة وتحويلها إلى حساب خاص لفائدة الحامل، فهذه الصيغة ترتب آثار التحويل لا آثار الاعتماد، وبذلك يكون الطلب بمثابة

(١) تستعمل في الحياة العملية في المملكة العربية السعودية عبارة «تصديق» للدلالة على عبارة «اعتماد».

(٢) نموذج ود ٨٢/١٢٤ معمول به في البنك العربي الوطني.

تحويل مبلغ من حساب الأمر لحساب خاص لفائدة المستفيد، ومن ثم تتحول هذه العملية من اعتماد إلى عملية تحويل^١.

وإزاء هذه المأخذ، اتجهت البنوك العاملة في المملكة العربية السعودية الى التخلي شيئاً فشيئاً عن هذه الاجراء المتعلق بالاعتماد حتى أن التعامل به في الحياة العملية أصبح نادراً. واستعاضت البنوك عن هذا الاجراء بما يعرف «بطلب إصدار شيك»، ويتمثل هذا الاجراء في طلب يكتبه الساحب على ظهر الشيك المراد «اعتماده» بالصيغة الآتية أو بما يعادها: «أرجو اعتماد هذا الشيك» مع ذكر التاريخ والتوقيع. وبناء على هذا الطلب يقوم البنك بحجز قيمة الشيك، وبإصدار شيك آخر للمستفيد مسحوباً على المركز الرئيسي للبنك مصدر الشيك، وبالاحتفاظ بالشيك الأصلي. وبهذا تنقسم العملية، من الناحيتين القانونية والعملية، إلى قسمين، يتمثل الجزء الأول منها في حجز المبلغ لفائدة البنك، ويتمثل الجزء الثاني في سحب شيك من قبل البنك على نفسه، وبالتالي فإنه يكون الساحب والمسحوب عليه في نفس الوقت. ويلتزم بتسديد قيمة الشيك بهتين الصفتين. وهنا أيضاً، نتبين أنه لا يمكن اعتبار هذا الاجراء اعتماداً من الناحية القانونية.

ولكل هذه الأسباب، نرى ضرورة تدخل المنظم السعودي في هذا الشأن لتنظيم عملية الاعتماد بشكل دقيق بحيث لا يثير أي إشكال.

وفي كل الأحوال فإننا نعتقد أن الشيك يبقى أداة وفاء، ومن ثم يكون غير صالح كأداة للضمان، وحتى في حالة اعتماده، فإن هذا الاعتماد يجب أن يكون محدد المدة،

(١) انظر في هذا الشأن: علي البارودي، العقود وعمليات البنوك التجارية، منشأة المعارف بالإسكندرية، ص ٢٨٤ - علي جمال الدين عوض، مرجع سابق، ص ١٧١.

وإلا فإنه اعتبر قبولا، وبالتالي اعتبر كأن لم يكن، وفي حالة إصدار شيك على المركز الرئيسي، فإن الشيك يكون محدود المدة بالنسبة لتقديمه للوفاء.

وبذلك فإننا نتبين أن خطابات الضمان تمثل أفضل الوسائل للمحافظة على حقوق الجهة الإدارية من جهة وعلى سرية المنافسة من جهة أخرى.

٣- مزايا خطابات الضمان بالنسبة للبنك المصدر

عندما يصدر البنك خطاب ضمان، فإنه يتقاضى مقابل ذلك عمولة يختلف مبلغها باختلاف قيمة الضمان وباختلاف أجله، على ألا يتعدى هذا المبلغ الحد الذي قضت به «تعريفة الخدمات المصرفية المقدمة من قبل البنك العاملة بالمملكة» التي وضعتها مؤسسة النقد العربي السعودي^١.

ثم إن إصدار خطاب الضمان لا يكلف البنك عادة إلا النفقات الإدارية، حيث لا يسدد قيمتها للمستفيد. في أغلب الحالات، وحتى في حالة دفع قيمة الضمان للمستفيد من قبل البنك، فهو لا يتحمل خسارة جسيمة. وذلك لأن البنك عند إصداره لخطاب الضمان، فإنه يطالب عميله بغطاء وتعهدات قد تصل إلى قيمة الخطاب، وهذا من شأنه أن يضمن له استرجاع ماتم دفعه للمستفيد.

وأخيرا يعتبر إصدار خطابات الضمان من العمليات التي تقوم بها البنوك لفائدة عملائها الذين تربطهم بها علاقات بنكية أخرى، وعملا لا يمكن للبنك أن يقوم ببعض العمليات لفائدة عملائه ويترك البعض الآخر، وإنما يتعين على البنك أن يقوم بعمل

(١) تعميم مؤسسة النقد العربي السعودي رقم م/٢٩١/أ وتاريخ ١٩/٩/١٣٩٩ هـ الموافق ١٢/٨/١٩٧٩ م.

(٨) - خطابات الضمان: % في المائة في السنة لغاية ١٠ ملايين ريال.

% في السنة على مايزيد عن العشرة ملايين ريال الأولى»

وتجدر الملاحظة أن هذه التعريفة تمثل الحد الأعلى المسموح به، بحيث يجوز للبنوك أن تتقاضى من عملائها أقل من ذلك.

متكامل لصالح العملاء وذلك حتى يتمكن من جذبهم والمحافظة عليهم، وذلك لأنه من الأسرع على العميل أن يتعامل مع بنك واحد بالنسبة لكل ما يحتاجه من خدمات.

الفرع الثالث

أنواع خطابات الضمان

عرفت الحياة العملية عددا كبيرا من خطابات الضمان، ولتحديد أنواعها، فإنه ممكن تقسيم أهمها، طبقا لما ذهب إليه الفقه^١، إلى أربعة أقسام أخذنا في الاعتبار طبيعتها القانونية، وعرضها، وموطن المصدر لها، والجهة التي تصدرها.

أولا - تقسيم خطابات الضمان من حيث طبيعتها القانونية

انطلاقا من صيغة خطاب الضمان، نتبين أنه يمكن تقسيم خطابات الضمان إلى نوعين: مقيدة وغير مقيدة. وخطابات الضمان المقيدة تتضمن صيغتها شرط إخلال العميل الكفيل بالتزاماته، وإن كان للمستفيد دون غيره سلطة التقدير المطلق لوجود تقصير في تنفيذ شروط العقد الأصلي، ومن ثم، يكون تنفيذ البنك لالتزامه، أي دفع قيمة خطاب الضمان معلقا على شرط وجود التقصير.

(١) انظر في هذا الشأن سميحة القليوبي، مرجع سابق، ص ١٤

أما خطابات الضمان غير المقيدة، فهي التي يتعهد بموجبها البنك، بدفع قيمتها دون أي قيد أو أي شرط وبمجرد طلبها من المستفيد، دون الرجوع إلى العميل وحتى في حالة معارضته بحيث كون التزام البنك مستقلا ومجردا.

ثانيا - تقسيم خطابات الضمان من حيث غرضها

يختلف الغرض من إصدار خطابات الضمان، فمنها ما يمكن العميل طالب إصدار خطاب الضمان من الاشتراك في المناقصات والمزايدات العامة في تنفيذ المشروعات العامة وبدون تقديم خطاب الضمان لا يمكن له أن يقوم بهذه المشاركة، ومنها ما يتعلق بالاعتمادات المستندية. ومنها ما يتعلق بسفر المتعاقدين، ومنها ما يتعلق باستخدام الأيدي العاملة، إلى غير ذلك من الأغراض التي يمكن أن تصادف الحياة العملية.

ومن هذا المنطلق يمكن تقسيم خطابات الضمان في هذا الإطار إلى خطابات ضمان لازمة للمشاركة في المناقصات والمزايدات العامة وفي تنفيذ المشاريع العامة وفي صيانتها وإلى خطابات ضمانات متعلقة بالاعتمادات المستندية وإلى خطابات ضمان أخرى.

١ - خطابات الضمان اللازمة للمشاركة في المناقصات والمزايدات العامة وفي تنفيذ المشاريع العامة وفي صيانتها:

قضى نظام تأمين المشتريات الحكومية، وتنفيذ مشروعاتها بوجوب تقديم خطاب ضمان يختلف باختلاف نوع وموضوع العملية. فيأتي خطاب الضمان في صورة خطاب ضمان ابتدائي أو مؤقت، وخطاب ضمان نهائي أو حسن تنفيذ، وخطاب ضمان عن دفعات مقدمة أو سلفة، وخطاب ضمان صيانة.

أ. خطاب الضمان الابتدائي أو المؤقت:

يقصد به الخطاب الذى يطلب من الشركات والهيئات والأفراد الذين يتقدمون للمشاركة فى العطاءات أو المناقصات أو المزايدات الحكومية حيث تقضى المادة الثانية رداً من نظام تأمين مشتريات الحكومة وتنفيذ مشروعاتها وأعمالها والمادة ٩ من اللائحة التنفيذية، بأن يتضمن كل عرض ضماناً ابتدائياً يتراوح بين ١٪ و ٢٪ من قيمة العرض وذلك وفقاً لما تحدده الشروط والمواصفات. وكل عرض لا يتضمن هذا الضمان، لا ينظر فيه من قبل اللجنة المختصة.

وتتمثل الحكمة الأساسية من تقديم خطاب الضمان الابتدائي فى ضمان جدية العرض المقدم إلى الجهة الحكومية، بحيث توجد فترة زمنية بين تقديم العطاء وإرساله وتوقيع العقد، وقد يسحب خلال هذه المدة مقدم العرض عطاءه، أو قد يرفض التعاقد بعد إرساء العطاء عليه وذلك نتيجة تغير الأسعار فى غير صالحه أو خطأ فى تقديره. وفى هذه الحالات يكون للجهة الإدارية حق مصادرة خطاب الضمان المؤقت.

ب. خطاب الضمان النهائي أو لحسن التنفيذ:

تقوم اللجنة المكلفة بدراسة العروض التى قدمت إليها فى الآجال وحسب الشروط الواردة باعلان المناقصة أو بكراسة الشروط، ثم يقع الاختيار على أجورها وأقلها تكلفة، كما يقع الإرساء والبت فيها لصالح صاحب هذا العرض، وعندئذ وقبل التعاقد بين الجهة الحكومية وصاحب هذا العرض، يتعين على هذا الأخير تقديم ضمان بنكي نهائي بواقع ٥٪ من قيمة العقد، أما إذا كان الضمان تعهداً من إحدى شركات التأمين فيجب ألا تقل قيمته عن ٢٥٪ من قيمة العقد^١. ويودع الضمان فى مدة لا تتجاوز

(١) المادة ٧ من نظام تأمين مشتريات الحكومة.

عشرة أيام من تاريخ اليوم التالي لإخطاره بخطاب مسجل بقبول عطائه^٢. ويمكن للجهة الإدارية أن تمنحه مدة إضافية لا تتجاوز عشرة أيام^٣.

ويحل خطاب الضمان النهائي محل خطاب الضمان الابتدائي الذي يصبح لاغيا لمجرد تقديم صاحب العرض المقبول لخطاب الضمان النهائي. أما في حالة فشل صاحب العرض في تقديم خطاب الضمان النهائي لأي سبب من الأسباب فقد سبق أن بينا أنه يكون للجهة الحكومية حق مصادرة قيم الضمان الابتدائي.

وتسري مدة صلاحية خطاب الضمان النهائي طوال مدة العقد، فتحتفظ به الجهة الحكومية إلى أن يتم تنفيذ التزامات المقاول أو المتعهد^٤، على أنه يمكن تمديد صلاحية الضمان عند مد مدة العقد.

وتكمن الحكمة من تقديم هذا الخطاب في ضمان حسن تنفيذ ما تعهد به المتعاقد مع الجهة الحكومية، بحيث يكون لها حق مصادرته كلما قدرت هي وبشكل مطلق، وجود تقصير في تنفيذ الالتزامات.

ج - خطابات ضمان الدفعة المقدمة أو السلفة:

قد يحدث في أغلب الحالات أن يتقدم المتعاقد مع الجهة الحكومية بطلب للحصول على دفع نسبة من قيمة العقد مقدما وذلك حتى يتمكن من تمويل المشروع بيسر لاسيما إذا كان المشروع كبيرا، وقد أجاز نظام تأمين مشتريات الحكومة ذلك، فقد نصت

(٢) المادة ٢١ من اللائحة التنفيذية.

(٣) المادة ٢٣ من نفس اللائحة.

(٤) المادة ٢٤ من نفس اللائحة.

المادة ٨/أ على أنه: «يجوز للجهة الحكومية أن تدفع للمتعاقد معها دفعة مقدمة في حدود ٢٠٪ عند التوقيع على العقد مقابل خطاب ضمان مساو لهذه القيمة، وتحسم هذه الدفعة على أقساط طبقاً للمستخلصات».

وتجدر الملاحظة أن هذه المادة قد قضت بالحد الأقصى، معنى ذلك أنه يجوز أن تكون الدفعة أقل من ٢٠٪ ولا يجوز أن تتعدى هذه النسبة.

و يبقى التساؤل قائماً، في حال دفع نسبة أقل من ٢٠٪، حول ما إذا كان للجهة الحكومية أن تكملها في حدود ٢٠٪. وفي هذا الشأن ترى وزارة المالية: «إن للجهة الإدارية إذا رأت عند توقيع العقد الاكتفاء بصرف دفعة في حدود ١٠٪ ونصت على ذلك صراحة في العقد، فإن هذا حجة على المتعاقد وملزمة له، أما الجهة الإدارية فهي حرة في زيادة هذه النسبة إلى الحد الأقصى المنصوص عليه في النظام وهو ٢٠٪ متى استبان لها أن ثمة ظروفاً أو ضرورة تستلزم هذه الزيادة وبشرط تقديم خطاب الضمان البنكي مقابل ما يتم صرفه، لأن الذي يملك صرف هذه الدفعة عند توقيع العقد يملك ذلك أثناء سريان العقد، مادام النظام جعل هذا مرتبطاً بسلطته التقديرية».

وتجدر الملاحظة أن هذا الرأي لا يتماشى مع رأى سابق صدر عن نفس الوزارة ومتعلق بالتساؤل عن امكانية صرف الدفعة المقدمة بعد مضي مدة على البدء في العمل، حيث جاء بهذا الرأي^١: «إن صرف الدفعة المنصوص عليها في المادة ٨ فقرة أ أمر جوازى يرجع لتقدير الجهة الإدارية، وهذه الدفعة مقدمة مقابل ضمان بنكي عند توقيع العقد بغية مساعدة المفاوض في البدء في عمله، فإذا لم تصرف هذه الدفع ابتداءً، فليس

(١) خطاب وزارة المالية رقم ٧٣٢٦/١٧ وتاريخ ١٣٩٩/٤/٢٣هـ، رداً على خطاب الأرصاد الجوية بجدة رقم ٨/١٠٨٩٨/١٠/٨ وتاريخ ١٣٩٩/٤/٧هـ.

خطاب وزارة المالية رقم ١٠٩٧٩/١٧ وتاريخ ١٣٩٨/٦/٢١هـ رداً على خطاب قوى الأمن الداخلي رقم ١٠٥٤ وتاريخ ١٣٩٨/٦/١٤هـ.

هناك ضرورة لدفعها في نصف مدة العقد أو نهايته ، وإنما على الجهة الإدارية أن تصرف له الدفعات حسب تقديم العمل ، بحيث لا تتجاوز قيمة المدفوع ماتم من عمل».

وفي هذا الشأن يمكننا القول ، بأنه كان على وزارة المالية توحيد موقفها في حالتي منح الدفعة أو الزيادة من نسبتها أثناء سريان العقد . ونعتقد أن عدم إمكانية صرفها في الحالتين أقرب الى عبارة المادة ٨/أ من النظام التي حددت وبشكل صريح ميعاد صرفها وهو «عند التوقيع على العقد» ومن ثم كل صرف بالمنح أو بالإكمال بعد هذا الوقت يعتبر مخالفا لعبارة النص .

ولعل التعميم المتعلق بتخفيض الدفعة المقدمة والصادر عن ديوان رئاسة مجلس الوزراء برقم ٣/ي/١٧١٠١ وتاريخ ١٨/٧/١٤٠٢ قد جاء في نفس الاتجاه الضيق لنص المادة ٨/أ من نظام تأمين مشتريات الحكومة ، حيث وضع قيودا للسلطة التقديرية التي منحتها المادة ٨/أ للجهة الإدارية . فقد أقر التعميم قاعدة جواز صرف الدفعة المقدمة عند توقيع العقد إلا أنه منع أن تتجاوز ١٠٪ من قيمة العقد ، وعلى أن لا تتجاوز قيمته مهما كانت قيمة العقد مبلغ خمسين مليون ريال أو ما يعادله ، كما حظر صرف دفعات مقدمة في حالة تجديد العقد أو التكليف بأعمال إضافية^١.

و يتميز خطاب ضمان الدفعة المقدمة بإمكانية تخفيض قيمته تدريجيا وذلك بموجب تعليمات خطية من الجهة الإدارية المستفيدة من خطاب الضمان تقتضي بتخفيض قيمة

(١) نص تعميم ديوان رئاسة مجلس الوزراء :

«أولا - مع التقيد بما يقضي به نظام تأمين مشتريات الحكومة وتنفيذ مشروعاتها وأعمالها الصادر بالمرسوم الملكي رقم ٤/م وتاريخ ١٣٩٧/٤/١٣هـ ، لا يجوز أن تزيد نسبة الدفعة المقدمة حسب نص المادة (٨/أ) من نظام المشتريات والتي يجوز صرفها عند توقيع العقد على ١٠٪ عشرة بالمائة من قيمة العقد . ولا يجوز أن تتجاوز قيمة تلك الدفعة مبلغ خمسين مليون ريال أو ما يعادله مهما كانت قيمة العقد .

ثانيا - لا يجوز صرف دفعات مقدمة في حالة تجديد العقد أو التكليف بأعمال إضافية» .

خطاب الضمان واعتبار القيمة بالرصيد المتبقي^١، وذلك على خلاف خطابات الضمان النهائية التي لا تخضع للتخفيض بنسبة العمل المنجز إلا في الحالات الاستثنائية التي قضت بها المادة ٧/ج من نظام مشتريات الحكومة، التي نصت على أنه: «يجوز تخفيض الضمان النهائي في عقود التشغيل والصيانة تدريجياً حسب تنفيذ الأعمال شريطة ألا يقل عن الضمان اللازم لقيمة الأعمال المتبقية من العقد.

د - خطابات ضمان الصيانة:

تطلب الجهة الإدارية هذا النوع من خطابات الضمان من المقاولين الذين تتعاقد معهم لتنفيذ عقود الصيانة التي رست عليهم، ويكون الغرض منها كفالة حسن تنفيذ عقد الصيانة على المعدات والآلات أو على الطرق أو على المباني إلى غير ذلك وتعتبر خطابات ضمان الصيانة نوعاً من خطابات ضمان حسن التنفيذ، ولا تختلف عنها إلا فيما يتعلق بجواز تخفيض قيمتها تدريجياً طبقاً لما أورده المادة ٧/ج من نظام مشتريات الحكومة.

(١) وقد ذهبت وزارة المالية إلى أبعد من ذلك في ردها بخطابين رقم ١١٢٢٣/٢١ وتاريخ ١٣٩٧/٨/١٨ و رقم ٩٥٣٠/١٧ وتاريخ ١٣٩٩/٥/٢٧ هـ، الأول خاص بتساؤل وزارة الداخلية للجوازات والأحوال المدنية الوارد بخطابها رقم ٣٠٠١ وتاريخ ١٣٩٧/٦/٢٧ هـ على النحو التالي: «هل يجوز تخفيض الضمان المقدم لقاء صرف دفعة الـ ٢٠٪ المشار إليها في المادة ٨ فقرة أ؟» والشأن متعلق بتساؤل وزارة الزراعة والمياه الوارد بخطابها رقم ١٧٨٢٩/٢٣ وتاريخ ١٣٩٩/٥/١٧ هـ على النحو التالي: «ما مدى إمكانية تخفيض ضمانات الدفعة المقدمة بما يتناسب مع ما هو مضمون من «المستخلصات» الموقف صرفها لعدم توفر المبالغ اللازمة بميزانية الجهة؟».

وقد جاء رد وزارة المالية بالصيغة التالية: «إن على الجهة الحكومية أن تشعر البنك الصادر منه خطاب الضمان بتخفيض قيمته بنفس النسبة في الدفعة التي تم حسمها طبقاً للمستخلصات وذلك بدون طلب من المتعاقد منها، وفي نفس تاريخ الحسم.

وإذا كانت المستخلصات لم تصرف للمتعاقدين لأسباب ترجع للإدارة نفسها، فليس من العدل أن يتحمل المتعاقد نتائج ذلك، وكون المستخلصات لم تصرف لعدم وجود مبالغ في الميزانية لا يحول دون تخفيض الضمان مقابل الأقساط المحسومة من هذه المستخلصات المستحقة الدفع للمقاول التي حال دون صرفها عدم توفر المبالغ».

٢ - خطابات الضمان المتعلقة بالاعتمادات المستندية:

و ينقسم هذا النوع الى قسمين: خطابات ضمان لتنفيذ شروط الاعتماد المستندي، وخطابات ضمان مقابل مستندات اعتماد مستندي لم تصل بعد الى البنك وتعرف أيضا باسم كفالات بواخر.

أ - خطابات ضمان لتنفيذ شروط الاعتماد المستندي:

تعتبر المملكة العربية السعودية من الدول التي تضم عددا كبيرا من التجار المحليين والمتعهدين الذين يقومون باستيراد بضائع ومعدات من الخارج إما لأغراض تجارتهم أو لتنفيذ عملية توريد لحساب جهات إدارية طبقا لشروط ومواصفات معينة، وهذا من شأنه أن يجعل البضاعة المطلوب استيرادها ذات طبيعة خاصة تتطلب تصنيفا ومواد من نوع خاص. وحتى يضمن المصدر جدية العملية. وحتى يتمكن من القيام بالعمل في أحسن الظروف، كثيرا ما يطلب من المستورد دفع مبالغ مقدمة من قيمة الاعتماد يتم خصمها من قيمة المستندات المقدمة والمطابقة لشروط الاعتماد المفتوح لفائدة المصدر.

ومن جهة المستورد، وحتى يتفادى كل خطر ينتج عن فتح الاعتماد لفائدة المصدر، وحتى يضمن شحن البضاعة في الوقت المحدد، ومن ثم تنفيذ شروط الاعتماد حسب ما ورد في خطاب الاعتماد، فإنه يطلب خطاب ضمان يكفل شحن البضاعة في الموعد المحدد وطبقا للشروط الواردة في الاعتماد.

و يصدر خطاب الضمان مطابقا للشروط الواردة في الاعتماد من حيث قيمته ومدة صلاحيته والغرض الذي صدر من أجله.

ب - خطابات ضمان مقابل مستندات اعتماد مستندي لم تصل إلى البنك : كفالات البواخر:

قد يحدث أن تصل البضاعة التي يفتح لأجل استيرادها اعتماد مستندي قبل وصول مستنداتها الأصلية إلى البنك، وحتى يتمكن المستورد من الحصول على أمر تسليم البضاعة الواردة إليه، وبالتالي يتمكن من تسلمها حتى يتجنب تعرض البضاعة للتلف نتيجة تخزينها بالجمارك إلى أن تصل المستندات الأصلية المتعلقة بها، تطلب شركات الملاحاة أو وكلاؤها من المستوردين تقديم خطاب ضمان من أجل تسليمهم البضاعة المستوردة. وعادة يتم إصدار هذه الخطابات من البنك الذي تم بواسطته فتح الاعتماد المستندي.

وتتضمن هذه الخطابات كفالة تقديم بوليصة الشحن الأصلية عند وصولها، ولا تتعلق بضمان دفع قيمة البضاعة التي تم تسليمها للمستورد.

ولما كانت الكفالة تمكن المستورد من تسلم هذه البضاعة فإن البنك يكون قد تنازل عن ملكيته لهذه البضاعة، وذلك لأنه في الأصل ترد بوليصة الشحن باسم البنك صمانا له من المخاطر التي قد يتعرض لها في حالة عدم قدرة المستورد على تسديد قيمتها، ولهذا السبب وقبل إصدار خطاب الضمان، عادة ما يقوم قسم الاعتمادات المستندية باستيفاء قيمة البضاعة كاملة.

٣ - خطابات ضمان أخرى:

قد تتعدد أنواع خطابات الضمان بتعدد الأغراض التي من أجلها يطلب تقديمها، فقد تلجأ البنوك إلى وضع نوع جديد من خطابات الضمان كلما اقتضت الحاجة ذلك، ولهذا سوف يقتصر التعداد على البعض منها على سبيل المثال.

أ - خطابات ضمان سفر المدرسين :

تطلبها وزارة التربية والتعليم من المدرسين الذين يرغبون في السفر خلال العام الدراسي سواء كان بمناسبة عطل الأعياد أو العطلة نصف السنوية . و يصدر خطاب الضمان بقيمة راتب شهرين وما تبقى من قيمة بدل السكن .

ب - خطابات ضمان لصالح المصالح الضريبية أو الجمركية :

تقضي بعض القوانين المالية في العديد من البلدان بوجوب تقديم تأمين نقدي أو كفالة شخصية أو خطاب ضمان لتحصيل الرسوم أو الضرائب التي قد يجب تسديدها^١ .

ج - خطابات ضمان لاستقدام أيدي عاملة :

تطلب وزارة الداخلية في بعض الحالات تقديم خطاب ضمان لتشغيل الأيدي العاملة المستقدمة في الغرض الذي طلبت من أجله .

(١) نذكر من هذه الأنظمة والقوانين على سبيل المثال :

- المجلة الجمركية الفرنسية (Code des douanes français) وخاصة منها المواد : ١١٢ ، ١٢٠ ، ١٢٧ ، ١٥١ ، ١٧٥٠ .
- المجلة العامة للأدعاءات الفرنسية (Code Général des Impôts français) وخاصة منها المواد : ١٦٥ ، ٣٥٣ ، ٣٥٤ .
- قانون الجمارك المصري الصادر بالقانون رقم ٦٦ لسنة ١٩٦٣م ، وخاصة منه المواد : ٦٤ ، ٦٦ ، ٧٠ ، ٩٨ .
- نظام الجمارك في المملكة العربية السعودية الصادر بموجب الموافقة العالية عليه برقم ٤٢٥ وتاريخ ١٣٧٢/٣/٥ هـ واللائحة التنفيذية الصادرة بقرار من وزير المالية والاقتصاد الوطني .

د - خطابات ضمان لتغطية التزامات بعض الأشخاص أو المؤسسات من موزعين
أو تجار:

تطلب بعض المؤسسات من موزعيها المعتمدين تقديم خطاب ضمان من أجل
تسديدهم قيمة البضاعة التي قاموا ببيعها لحسابهم.

ثالثا - تقسيم خطابات الضمان من حيث موطن البنك المصدر

تنقسم خطابات الضمان في هذه الحالة إلى خطابات ضمان محلية وأخرى خارجية

١ - خطابات الضمان الصادرة عن بنوك محلية :

هي التي تصدرها البنوك المحلية العاملة في المملكة بناء على طلب من العميل ،
و يتم في الأصل اصدار الضمان لمستفيد مقيم في المملكة ، وفي هذه الحالة ، يخضع
للأنظمة المعمول بها في المملكة .

إلا أنه قد يحدث أن يطلب العميل من البنك المحلي الذي يتعامل معه إصدار
خطاب ضمان لفائدة شركة أو مؤسسة أو شركة يكون موطنها بالخارج . وفي هذه
الحالة ، تتبع نفس الإجراءات المتبعة في عملية اصدار خطاب ضمان لفائدة مقيم في
المملكة ، سواء كان فيما يتعلق باستيفاء الفطاء من العميل ، أو بالعمولة ، أو بالقيود
المحاسبية ، وكل ما يختلف بين العمليتين يتعلق بنموذج خطاب الضمان الصادر
وبصيغته ، فعادة تطلب الشركات الأجنبية أن يتضمن خطاب الضمان شروطا مصاغة

حسب نظام دولتها، وخاصة منها الشرط القائل بأن أي نزاع يطرأ بشأن خطاب الضمان يخضع لأنظمة وقوانين دولة الجهة المستفيدة.

هذا وتجدر الإشارة إلى أنه في بعض الحالات قد يتم الاتفاق مع المستفيد على إخضاع خطاب الضمان للقواعد والأعراف الموحدة للكفالات الصادرة عن غرفة التجارة الدولية في منشورها رقم ٣٢٥ سنة ١٩٧٨م. ولهذه الأسباب، تكون البنوك المحلية شديدة الحرص عند صياغة خطابات الضمان الصادرة لمستفيد أجنبي.

٢ - خطابات الضمان الصادرة عن البنوك الأجنبية:

تصدر هذه الخطابات بنوك تعمل خارج المملكة بناء على طلب مؤسسة أو شركة أجنبية. فقد يكون أحد طرفي التعاقد، وخاصة في حالة التعاقد مع المصالح الحكومية، مقيماً خارج المملكة، و يطلب منه تقديم خطاب ضمان ضماناً للوفاء بالتزاماته. فيلجأ الطرف غير المقيم إلى البنك الذي يتعامل معه في موطنه بالخارج من أجل إصدار خطاب ضمان.

وفي هذا الشأن قضى قرار وزير المالية والاقتصاد الوطني رقم ١٤٨٦/١٧ وتاريخ ١٣٩٨/٣/٢٥هـ، المتضمن تعديل المادة ٩ من اللائحة التنفيذية لنظام تأمين مشتريات الحكومة، بوجوب تقديم خطاب الضمان الصادر عن بنك أجنبي بواسطة بنك يعمل في المملكة كما قضى بوجوب التقيد بما جاء في تعميم وزارة المالية والاقتصادية رقم ١١/م/١٢٤٠٧ وتاريخ ١٣٩٦/٨/٥ وتعميم مؤسسة النقد العربي السعودي رقم ١١٤٨١/م/٣٥٤/٨ وتاريخ ١٣٩٦/٨/٨هـ.

ولهذه الأسباب، يعتمد البنك الأجنبي المقيم في الخارج، إما إلى إصدار الضمان بنفسه وإرساله إلى أحد البنوك في المملكة، ويكون مراسله في المملكة، وذلك للاشتراك معه في الضمان، وإما أن يقتصر على أن يطلب من مراسله في المملكة لإصدار خطاب الضمان لصالح المستفيد نيابة عنه.

رابعاً - تقسيم خطابات الضمان من حيث عدد البنوك المصدرة:

يمكن أن تصدر خطابات الضمان من بنك واحد ومن عدة بنوك.

١ - خطابات الضمان الصادرة عن بنك واحد:

يتمثل الأصل في هذا الشأن في أن يصدر خطاب الضمان من قبل بنك واحد، ويكون هذا البنك مسؤولاً عن تسديد قيمة الضمان بكامله في حالة مصادرته. فهو الملزم الوحيد أمام المستفيد.

٢ - خطابات الضمان الصادرة عن عدة بنوك: وتعرف باسم كفالات المشاركة.

قد يحدث أن يصدر خطاب الضمان عن عدة بنوك، ويلتزم كل بنك بأداء نسبة معينة من قيمة الضمان. وقد أجاز هذا النوع من الضمان خطاب وزارة المالية والاقتصاد الوطني رقم ١٧/١٠٣٨٥ وتاريخ ١٠/٦/١٣٩٨هـ، وذلك لتجاوز القيود التي جاء بها نظام مراقبة البنوك، بحيث لا يجوز لأي بنك تجاوز الحد الذي قضت به المادة الثامنة من نظام مراقبة البنوك^١، فقد ترد على بعض البنوك طلبات إصدار خطابات ضمان من عميل بقيمة تتجاوز الحد الأعلى الذي قضت به المادة ٨ من نظام مراقبة البنوك، فحتى توفق هذه البنوك بين الأمرين-الطلبات وخدمة العميل من جهة، والحد الأعلى من جهة أخرى-فقد تلجأ هذه البنوك لمشاركة بعض البنوك الأخرى في

(١) المادة ٨/١ من نظام مراقبة البنوك: «يحظر على أي بنك أن يعطى قرضاً أو أن يمنح تسهيلات ائتمانية أو أن يقدم كفالة أو ضماناً أو أن يتحمل أي التزام مالي آخر لصالح أي شخص طبيعي أو اعتباري يبالغ بتجاوز مجموعها (٢٥٪) خمسة وعشرين في المائة من مجموع احتياطات البنك ورأس ماله المدفوع الأول المستثمر. ويجوز للمؤسسة لمقتضيات المصلحة العامة وبالشروط التي تحددها أن تزيد هذه النسبة إلى (٥٠٪) خمسين في المائة».

إصدار هذه الخطابات. وقد يحدث أيضا أن يتقدم عميل لطلب إصدار خطاب ضمان بقيمة عالية، فحتى يتمكن البنك من تجزئة المخاطرة فإنه يلجأ لمشاركة بنوك أخرى في إصدار هذا الخطاب، بحيث يلتزم كل بنك بوفاء نسبة محددة من قيمة الضمان، ومن ثم يتجزأ خطر التسديد بين مختلف البنوك المشاركة في عملية الإصدار.

خامسا- تقسيم خطابات الضمان من حيث الجهة المصدرة:

يمكن أن يصدر خطاب الضمان عن بنك أو عن شركة تأمين.

١ - خطابات الضمان الصادرة عن بنك:

تصدر في الأصل خطابات الضمان في المملكة عن البنوك، إذ تعتبر في جوهرها عملية من عمليات البنوك^١، وهي من ثم من اختصاص البنوك في الأصل.

٢ - خطابات الضمان الصادرة عن شركة تأمين:

على الرغم من أن المنظم السعودي لم يقر شركات التأمين، ومن ثم لم يعن بتنظيمها، فإن قرار وزير المالية والاقتصاد الوطني رقم ١٧/١٤٨٦ وتاريخ ١٣٩٨/٣/٢٥ هـ المتضمن تعديل المادة ٩ من اللائحة التنفيذية لنظام تأمين مشتريات الحكومة قد اعتبر الضمان الصادر عن شركة تأمين شكلا من أشكال الضمان المقبولة، فقد جاء بهذا القرار: «يجب على مقدم العرض أن يرفق بعرضه أحد الضمانات الآتية: تعهدا صادرا من إحدى شركات التأمين المتخصصة التي تعتمدها مؤسسة النقد العربي السعودي، على أن يكون الضمان المقدم ساريا حتى التاريخ المحدد للبث في

(١) أوردت المادة الأولى من نظام مراقبة البنوك تعداد الأعمال البنكية على سبيل المثال، وجاءت خطابات الضمان من ضمن هذه الأعمال الواردة بالتعداد.

العرض وبشرط أن يكون واجب الدفع عند أول طلب من البرهة الإدارية برغم أى معارضة قد ييدها مقدم العرض ودون حاجة إلى صدور حكم قضائى أو قرار من هيئة تحكيم».

وقد جاء تعميم وزارة المالية والاقتصاد الوطنى رقم ٣٨٦١/١٢ وتاريخ ١٠/٣/١٣٩٧هـ لتحديد الشركات المتخصصة التى يجوز لها أن تصدر الضمان ولييان الأحكام الخاصة بخطاب الضمان الصادر عنها. فقد ورد بهذا التعميم. «أرفق لكم قائمة بأسماء شركات التأمين المعتمدة بعد أن تبادلت وزارة المالية والاقتصاد الوطنى الرأى حولها مع مؤسسة النقد العربى السعودى، آملاً أن يراعى أن تكون خطابات الضمان الصادرة من هذه الشركات من المراكز الرئيسية لشركات التأمين وليس من فروعها، وألا يزيد قيمة التأمين عن ٢٠٪ من إجمالى رأس مال الشركة وارتباطاتها، وأن يتضمن خطاب الضمان المذكور الالتزام بدفع قيمته كاملة داخل المملكة العربية السعودية عند أول طلب يقدم من الصادر لصالحه-الجهة الإدارية-دون استقطاع أية عمولات أو ضرائب أو مصاريف أيا كان نوعها ودون اعتبار لأى معارضة من الجهة مقدمة العطاء أو المتعاقدة مع الحكومة.

وضمائنا لتحقيق ذلك يجب أن يكون تقديم خطابات الضمان الصادرة من إحدى شركات التأمين المعتمدة بواسطة بنك محلى ليؤكد البنك صحة وسلامة التوقعات التى تحملها شهادة التأمين وصلاحياتهم فى ذلك مع تأكيده بأن قيمة الضمان لا تتعدى ٢٠٪ من رأس مال شركة التأمين، وسوف تقوم مؤسسة النقد العربى السعودى بتعميم ذلك على البنوك لمراعاته قبل تقديم خطابات الضمان الصادرة من شركات التأمين المعتمدة.

وأن تكون مكاتبة هذه الشركات في حالة ما إذا دعت الحالة لطلب قيمة التأمين أو غير ذلك مما يتصل بخطابات الضمان الصادرة منها عن طريق البنك المحلى الذى قدمت شهادة الضمان عن طريقه .

هذا وتود وزارة المالية والاقتصاد الوطنى أن تشير الى أن ضمان السلفة أى القسط المقدم لم يمسه التعديل ، وبالتالى يتعين أن يكون تقديم هذه السلفة فى مقابل خطاب ضمان بنكى ولا تقبل شهادات شركات التأمين بهذا الخصوص .»

وتبين من خلال هذا التعميم أن خطابات الضمان التى تصدرها شركات التأمين تخضع للشروط التالية :

- أن تكون خطابات الضمان صادرة من المراكز الرئيسية لشركات التأمين وليس من فروعها .
- أن تكون قيمة الضمان الابتدائى بنسبة ١ % من قيمة العرض وأن تكون قيمة الضمان النهائى بنسبة ٢٥ % من قيمة العقد .
- لا يجوز لشركات التأمين إصدار خطابات ضمان الدفعة المقدمة .
- لا يجوز لقيمة الضمان أن تزيد عن ٢٠ % من إجمالى رأس مال الشركة واحتياجاتها .
- يجب أن يتضمن خطاب الضمان الالتزام بدفع القيمة داخل المملكة العربية السعودية لدى أول طلب يتقدم به المستفيد ودون النظر لأى معارضة من الجهة مقدمة العطاء أو المتعاقدة مع الإدارة .
- يجب أن يتم تقديم خطاب الضمان بواسطة بنك محلى ، يتعين عليه أن يؤكد صحة وسلامة توقيعات موظفى شركة التأمين على خطاب الضمان ، و يؤكد أن قيمة الضمان لا تتعدى ٢٠ % من رأس مال شركة التأمين والجهة الإدارية المستفيدة من خطاب الضمان عن طريق البنك المحلى .

وتجدر الإشارة إلى أن خطابات الضمان الصادرة عن شركات التأمين لا تعرف نادرا وذلك لعدة أسباب، يكمن أولها في أن الكفالات تعتبر من اختصاص البنوك بوصفها عملية بنكية بعيدة كل البعد عن عمليات التأمين التي تقوم أساسا على فكرتي المخاطرة والمقامرة، ونأتى بذلك الى ثانی هذه الأسباب والمتمثل في أن النظام السعودي لم يعرف التعامل بموجب التأمين، وثالث هذه الأسباب يكمن في أن تعميم وزارة المالية والاقتصاد الوطنى رقم ٣٨٦١/١٢ قد اشترط وجوب تقديم تعهد شركة التأمين بواسطة بنك محلى، وبذلك يكون التعامل مع البنك مباشرة أسير وأجدى. ومع هذه الملاحظة، فإنه يتعين علينا أن نشير إلى أن أنظمة وقوانين بعض الدول قد أقرت بشكل أو بآخر خطابات الضمان الصادرة عن شركات التأمين.

ففى الولايات المتحدة الأمريكية^١ ظهرت مؤسسات متخصصة تعرف باسم شركات الضمان^٢، تصدر صكوكا شبيهة بخطابات الضمان تعرف باسم Bid Bonds، وقد انتشى استعمالها داخل الولايات المتحدة وعرفت في الخارج وذلك لسببين رئيسيين، يتمثل الأول في منع قانون البنوك الأهلية للبنوك من إصدار خطابات الضمان إلا في حالات وظروف معينة، ويتمثل السبب الثانى في أن أغلبية المستفيدين سواء كانوا جهات حكومية أو جهات خاصة يشترطون على مقدمى العطاءات وعلى من يتعاقدون معهم تقديم ضمانات ابتدائية أو نهائية من إحدى شركات الضمان المعتمدة.

وفى فرنسا، وبالرغم من صدور القانون المالى المؤرخ في ٧ فيفري ١٩٥٣م، والذي تقضى المادة ٨٨ منه بأنه يمكن أن تكون الضمانات المطلوبة تحت شكل كفالات بمقتضى تعليمات ولوائح الإدارة والمصالح والجماعات العامة على شكل تأمين كفالة

(١) انظر فى هذا الشأن سميحة القليوبى، مرجع سابق ص ٢٤.

(٢) American Bonding, or indemnity company, or Approved bonding Company.

(assurance - caution)، فإن السلطات الإدارية لم تسمح بانتشار هذا النوع من التأمين، ثم إن القضاء قد ذهب إلى الحكم بعدم صحتها^٣. ثم إن الفقه قد نازع في صحة تأمين الضمان، حيث يرى في هذه الصكوك كفالة تخرج في واقع أمرها عن اختصاص شركات التأمين، بل هي عملية بنكية بحتة من اختصاص البنوك دون غيرها من المؤسسات المالية الأخرى، ونادى الفقه الفرنسي بوجوب قصر هذا الضمان على البنوك دون غيرها.

(٣) قضت محكمة ليون الفرنسية بعدم صحة المبالغ الواجب دفعها لمصلحة الجمارك والناشئة عن حك تأمين الضمان:

Lyon 28 november 1960, GP 1961, I, P. 155

الأحكام الشكلية فى خطابات الضمان

تبدأ مسيرة خطاب الضمان بإصداره من قبل البنك، وأثناء سريانه قد يحدث أن يطلب العميل أو المستفيد تعديله. وبعد انتهاء مدة صلاحيته، ينقضى، إلا أنه قد يحدث أن ينقضى قبل انتهاء هذه المدة بمصادرته من قبل المستفيد.

وكل هذه العمليات المتعلقة بالإصدار والتعديل والانقضاء تستدعى إجراءات شكلية يقوم بها البنك.

وتجدر الإشارة إلى أن هذه الإجراءات الشكلية، وإن اختلفت من بنك إلى آخر فيما يتعلق بالنماذج المستعملة أو ببعض الخطوات التى يقوم بها البنك فإنها تتفق فى جوهرها وفى خطواتها الأساسية.

وبناء على ذلك فإن البحث سيقصر على الإجراءات الشكلية المعمول بها فى إحدى البنوك العاملة بالمملكة^(١).

(١) للبحث فى هذه الإجراءات الشكلية، سنقوم بالرجوع أساساً إلى ما كتبه الاستاذ على البكرى فى مذكرة منسوخة، أعدها فى إطار دائرة التدريب للبنك العربى الوطنى، عن الكفالات البنكية. كما سنقوم بالرجوع إلى النماذج المذكورة فى هذا الشأن، ونوردها ضمن ملحقات هذا البحث. وسوف تقتصر على إيراد هذه النماذج دون غيرها تجنباً للحشو وإتقال البحث.

المبحث الأول

الإجراءات الشكلية لإصدار خطابات الضمان

تختلف الإجراءات الشكلية لإصدار خطابات الضمان باختلاف نوع خطابات الضمان أو باختلاف طالب إصداره . فتجدر التفرقة بين الإجراءات الشكلية في حالة تقديم طلب من قبل العميل لدى بنك محلي من أجل إصدار خطاب ضمان ابتدائي أو نهائي أو لسلفة مقدمة أو صيانة ، والإجراءات الشكلية في حالة تقديم الطلب من قبل بنك أجنبي ، والإجراءات الشكلية في حالة تقديم طلب إصدار خطاب ضمان مقابل مستندات اعتماد مستندى لم تصل إلى البنك .

الفرع الأول- الإجراءات الشكلية لإصدار خطابات ضمان بطلب من العميل لدى بنك محلي

تبدأ الإجراءات الشكلية لإصدار خطابات ضمان في هذه الحالة بتقديم طلب من قبل العميل إلى البنك الذي يتعامل معه عادة . وعلى أثر ذلك يقوم البنك ببعض الإجراءات الداخلية التي تنتهى بإصدار خطاب الضمان .

أولاً- طلب العميل

خاصة بكل نوع من الأنواع الشائعة من خطابات الضمان . وتجدر الإشارة إلى أنه وإن اختلفت صيغة هذه النماذج ، كما وإن اختلفت شكلها من بنك إلى آخر فهي تتضمن نفس البيانات الخاصة بنوع خطاب الضمان و بقيمة و بنسبة قيمته من قيمة العقد ، ومدة صلاحيته ، والغرض منه ، واسم المستفيد منه ، واسم العميل وعنوانه

وصفته وتوقيعه، كما تتضمن هذه النماذج ذات الشروط الأساسية، وخصوصا الشرط المتعلق بتفويض البنك بأن يدفع الضمان للمستفيد لدى أول طلب يرد إليه من هذا الأخير و برغم أية معارضة من جانب العميل^١.

ولهذا الإقرار من جانب العميل أهمية كبرى على الصعيد القانوني، فطبقا للقواعد القانونية العامة للكفالة، يلتزم الكفيل بأن يخطر المدين الأصلي قبل قيامه بالوفاء للدائن، فإذا أخل الكفيل بواجب الإخطار بالوفاء قام به على مسؤوليته. ولا يمكن تطبيق هذه القاعدة في مجال خطاب الضمان لأنه إذا ما كان على البنك أن يرجع إلى العميل ويخطره بمطالبة المستفيد قبل الوفاء، فقد يحصل أن يعترض العميل عليه، وفي هذه الحالة يجب على البنك أن يمتنع عن الوفاء، بناء على القاعدة العامة للكفالة. وتطبيق مثل هذه القاعدة ينزع عن خطاب الضمان كل أهمية ويجعل منه كفالة عادية. وحتى لا يتعرض البنك لمثل هذه الإشكالات، ولخطر التسديد دون الرجوع المسبق إلى العميل، يتضمن طلب إصدار خطاب الضمان شرطا يجعل من التزام البنك التزاما بالدفع دون الرجوع إلى العميل وحتى على الرغم من معارضته، وبموجب هذا الشرط يمتنع العميل عن أن يحتج بشرط الإخطار المسبق الذي تمنحه له القواعد العامة المتعلقة بالكفالة. فكل النماذج الموجودة لدى البنوك والخاصة بإصدار خطابات الضمان تقضى بتنازل العميل عن شرط الإخطار المسبق وتتضمن تصریحا خالصا من العميل للبنك بأن يدفع للمستفيد قيمة الضمان لدى طلبه ودون حاجة إلى الإخطار المسبق للعميل وعلى الرغم من أية معارضة تصدر عنه.

وتتضمن هذه النماذج أيضا شرطا يمكن البنك من تمديد صلاحية خطاب الضمان بطلب من المستفيد ودون الرجوع إلى العميل والحصول على موافقته بالتمديد، ولهذا

(١) انظر الملاحق، النماذج ١/أوب وج ود)

الشرط أهيمه كبرى، فقد يحدث أن يطلب المستفيد من البنك مباشرة تمديد صلاحية خطاب الضمان، وذلك قبل انتهاء مدة صلاحيته، وفي حالة عدم وجود الشرط المذكور سابقا ضمن الشروط التي يتضمنها طلب إصدار خطاب الضمان، فإنه يتعين على البنك أن يرجع إلى العميل وأن يحصل على موافقته، وقد يرفض العميل التمديد المطلوب، وفي هذه الحالة، يقوم المستفيد بمصادرة خطاب الضمان، ومن ثم فإنه يلزم البنك بالتسديد، وقد لا يكون هذا التسديد من صالح البنك، فحتى يضمن البنك لنفسه حرية التصرف في هذا الشأن فإنه يدرج شرطا يمكنه من تمديد صلاحية خطاب الضمان دون الرجوع إلى العميل ودون الحصول على موافقته.

وحرصا على استرداد النسخة الأصلية من خطاب الضمان بعد انقضاء مدته، فإن بعض البنوك أدرج شرطا متعلقا باستمرار مسؤولية العميل إلى أن يسترجع البنك النسخة الأصلية من خطاب الضمان أو إلى أن توافق الجهة المستفيدة على إلغائه بغض النظر عن انتهاء مدته.

وتدرج أيضا بعض البنوك شرطا متعلقا بعدم التزام البنك بإصدار خطاب ضمان نهائي في حالة إصداره لخطاب ضمان ابتدائي.

ومن البنوك من يدرج شرطا متعلقا بوجوب تقديم التأمين النقدي والعيني، وبتمكين البنك من بيع رهونات أو ممتلكات للعميل تكون في حيازة البنك. وذلك دون أي إشعار مسبق للعميل.

ومن خلال هذه الشروط نتبين أن الشروط التي تتضمنها نماذج طلب إصدار خطابات الضمان تتفق في أساسها وفي جوهرها وتجعل من خطاب الضمان كفالة من نوع خاص لا تخضع للقواعد العامة للكفالة.

وإلى جانب ما تتفق بشأنه هذه النماذج، فقد تختلف في بعض الشروط الأخرى التي تتضمنها فشرط هذا العقد مجهزة بشكل مسبق من قبل البنك وماعلى العميل إلا

أن يكمل بيانات النموذج و يوقع ، ومن ثم يكون هذا العقد من العقود النموذجية التى تتضمن شروطا تخدم أولا وبالذات مصلحة البنك ، خاصة وأن المنظم السعودى لم يتدخل لوضع القواعد الأساسية لتنظيم هذه العملية ولحماية أطرافها . ولهذا الأسباب فإننا نرى أنه من المصلحة العامة والخاصة أن يتدخل المنظم السعودى لوضع القواعد الكفيلة بحماية جميع الأطراف الذين يتدخلون بشكل مباشر أو غير مباشر فى هذه العملية .

ولما كان خطاب الضمان من عمليات الائتمان ، ونظرا لأنه من حق البنك أن ينظر فى منح التسهيلات الائتمانية للعميل مقدم الطلب ، فإن البنك-بعد تسلمه لطلب العميل-يقوم بدراسة وضعه المالى ومركزه التجارى وسمعته الأدبية فى السوق ومقدار التزاماته ونشاطه ، و يقوم البنك بهذه الدراسة إذا لم يسبق له أن قام بها من قبل من خلال الميزانية العمومية والبيان المالى لمؤسسة هذا العميل . ولهذا السبب فإن البنك يطلب من العميل تقديم الميزانية العمومية للمؤسسة عن فترة السنوات الثلاث الأخيرة وبيان مركزه المالى ، وسجله التجارى ومقدار رأس مال المؤسسة ، و بيان بأصولها وبخصومها . وعلى ضوء هذه الدراسة يتخذ البنك بعض القرارات : فأولا يقرر البنك مقدار التسهيلات التى يمكن له أن يمنحها للعميل فى إطار إصدار خطابات الضمان ، بحيث يحدد البنك حدا أعلى لقيمة خطابات الضمان التى يمكن للعميل أن يطلبها . ويعرف أيضا هذا الحد الأعلى بالسقف الذى لا يمكن للبنك أن يتجاوزه ، كما يعرف «بارسك» (Risk) أى المخاطرة التى لا يمكن للبنك أن يتجاوزها فى إطار هذه التسهيلات الائتمانية .

ويمكن لنا أن نورد فى هذا الشأن المثال التطبيقى الآتى : بعد دراسة الوضع المالى للعميل ، يقرر البنك أن يمنحه امكانية طلب إصدار خطابات ضمان بحد أعلى بقيمة ثلاثة ملايين ريال ، ويمثل هذا المبلغ «رسك» هذا العميل ، وهذا يعنى أنه بإمكان العميل أن يتقدم بطلبات اصدار خطابات ضمان إلى أن يصل مجموع قيمتها ثلاثة

ملايين ريال، وإذا ما طلب العميل خطابات ضمان بلغت قيمتها الإجمالية ثلاثة ملايين ريال، وأصدر البنك هذه الخطابات بهذه القيمة، فإنه لا يمكن للعميل أن يحصل على خطابات ضمان أخرى.

هذا وتجدر الإشارة إلى أن خطابات الضمان التي تعاد إلى البنك وتلغى، فإن قيمتها تخصم من قيمة الحد الأعلى، بحيث يمكن للعميل أن يطلب بعد ذلك خطابات ضمان بقيمة الخطابات الملغاة، وبذلك يكون مجموع خطابات الضمان الصادرة والسارية المفعول معادلا على الأكثر لقيمة الحد الأعلى المقرر من قبل البنك.

إلا أنه، إذا عادت إلى البنك خطابات ضمان بقيمة مليون ريال-سبق أن أصدرها البنك-يطلب من يوسف الشمراني، وقام البنك بإلغائها، فمعنى ذلك أن خطابات الضمان الصادرة والسارية المفعول تساوى قيمتها مليوني ريال، وإذا كان «رسك» العميل يوسف الشمراني ثلاثة ملايين ريال، فإنه يمكن له أن يطلب إصدار خطابات ضمان قيمتها الإجمالية مليون ريال، ويمكن للبنك أن يصدرها في هذه الحدود.

وثانيا يقرر البنك نسبة التأمين الذي يجب على العميل تقديمه، ويمكن أن يكون هذا التأمين نقديا أو عينيا أى ضمان أرضى أو مبنى أو متجر أو أوراق مالية يتم رهنها لأمر البنك، كما يمكن أن يكون ضمانا شخصيا أى كفالة من أحد التجار أو الأشخاص الموثوق في مقدرتهم المالية على التسديد، وقد تكون هذه الكفالة عادية أو تضامنية. وقد يكون هذا التأمين أحد هذه الضمانات أو مجموعها. و يعرف هذا التأمين في الحياة العملية بالغطاء.

وتجدر الإشارة إلى أنه عادة يكون طالب إصدار خطاب الضمان عميلا لدى البنك، يتعامل معه في العديد من مجالات الأعمال البنكية، و يكون له حساب جار لدى البنك، يقيد عليه البنك قيمة التأمين عند إصدار خطاب الضمان، و يقيد عليه

أيضا العمولات المترتبة على الإصدار والعمولات التي قد تستحق عند تقديم صلاحية خطاب الضمان، كما يقيد عليه قيمة الضمان في حالة مصادره من قبل المستفيد وتسديدها من قبل البنك.

كما تجدر الإشارة إلى أن التحفظ على الأوراق المالية المودعة لدى البنك من قبل العميل أو تجميد مبلغ في حساب العميل. أو التأشير على الحساب بالتزام العميل في هذا الشأن، لا يرتب في حد ذاته حقا للبنك في اقتضاء دينه بالأفضلية أو الأولوية من حساب العميل أو من ملف أوراقه المالية في حالة توقيع حجز تحت يد البنك على ما لديه من أموال للعميل. ولهذا السبب يجب الحذر على البنك بأن يطالب العميل بتعيين الأوراق المالية التي يرغب في تجنبها لهذا الغرض، و يقوم البنك بإيداعها في ملف خاص يعرف باسم «احتياطي خطابات الضمان»، و بتخصيصه لهذه الأوراق المالية يقر العميل ارتئانها للبنك ضمانا للوفاء بالتزاماته تجاه البنك، ويمنع البنك حق بيعها دون الرجوع إليه في حالة تسديد قيمة خطاب الضمان للمستفيد. وكذلك الشأن بالنسبة للغطاء النقدي، إذ يقوم البنك بقيد قيمة من حساب العميل إلى حساب «احتياطي خطابات الضمان» وفي الحياة العملية، وأيا كان نوع غطاء خطاب الضمان المقدم من قبل العميل، فإن النماذج المعدة من قبل البنوك تتضمن شرطا يقضى بوجوب بيان مقدار ما أودعه العميل تأمينا لخطاب الضمان أو ما يسمح بخصمه فورا من حسابه بالبنك، و بوجوب التعهد، في حالة عدم كفاية حسابه، بأن يسدد المبلغ المطلوب بمجرد مطالبة البنك له.

ونلاحظ أنه بالإضافة إلى هذا التأمين النقدي والعيني، يتضمن نموذج طلب إصدار خطاب الضمان المعد من قبل بعض البنوك شرطا خاصا يقضى بوجوب تقديم ضمان شخصي بحيث يتعهد كفيل بالتضامن بأن يدفع ما يستحق للبنك بسبب خطاب الضمان وحسب شروطه. وهذه الكفالة هي كفالة التضامن تطبق عليها القواعد القانونية العامة للكفالة.

ثانيا- طريقة العمل لإصدار خطاب الضمان.

لما كانت طريقة العمل لإصدار خطاب الضمان من الإجراءات الشكلية والداخلية التي يقوم بها البنك، فإنها قد تختلف من بنك لآخر، إلا أنها وإن اختلفت في بعض جزئياتها فإنها تخضع لخطوات أساسية وضرورية متشابهة. ولهذه الأسباب سيقصر البحث على هذه الإجراءات الأساسية والضرورية.

وتتمثل هذه الإجراءات الشكلية في الخطوات التالية:

عند تقديم طلب إصدار خطاب الضمان إلى البنك من قبل العميل، يقوم الموظف المختص بالتدقيق في البيانات التي يتضمنها الطلب، ثم يرجع إلى سجل السقف المحدد لإصدار الكفالات ويعرف أيضا بسجل رسك الكفالات والمعد على نموذج خاص^١، وذلك حتى يتحقق من أن قيمة خطاب الضمان المطلوب إصداره تدخل ضمن الحد الأقصى الذي سبق أن قرره البنك لهذا العميل، فهذا السجل يظهر للموظف رصيد العميل في خطابات الضمان السارية المفعول.

و يتضمن أيضا هذا السجل نسبة التأمين النقدي الذي حدده البنك لهذا العميل.

وعلى ضوء هذا السجل، ينقل الموظف إلى طلب العميل هذه المعلومات و يبين نسبة العمولة التي يستحقها البنك.

ثم يعرض الموظف الطلب متضمنا هذه البيانات على مدير الفرع الذي يقوم بالتدقيق في هذه البيانات و بالتحقق من أن قيمة الكفالة تدخل ضمن الرسك، و يوقع على ذلك.

(١) انظر بالملاحق، نموذج (٢)، ص ٢٢٣

وبعد ذلك يعطى الطلب رقما مسلسلا و يقيد في سجل الكفالات الصادرة وفقا للنموذج المعد لهذا الغرض^١ ثم يقوم المختص بإعداد القيد المحاسبي المتعلق باستيفاء التأمين والعمولة والبريد، و يثبت التزام العميل بالنموذج المعد لهذا الغرض^٢.

و يتم احتساب التأمين النقدي والعمولة المستحقة على النحو التالي :

مثال :

تقدم يوسف الشمراني بطلب إصدار خطاب ضمان بقيمة : ٣٠٠٠٠٠ ريال سعودي ، مدة صلاحيته سبعة أشهر ، وبعد دراسة الوضع المالي للعميل قرر البنك فرض تأمين نقدي بنسبة ٢٠ % من قيمة الضمان المطلوب اصداره .

تكون قيمة التأمين :

$$٦٠٠٠٠ = ٢٠ \% \times ٣٠٠٠٠٠ \text{ ريال سعودي}$$

أما بالنسبة للعمولة ، فقد حددتها تعريف مؤسسة النقد العربي السعودي الصادرة بموجب التعميم رقم م/أ/٢٩١ وتاريخ ١٩/٩/١٣٩٩ هـ الموافق ٢/٨/١٩٧٩ م . والتي قضت بوجوب استيفاء العمولة على خطاب الضمان بنسبة لا تتعدى ٢,٥ % في السنة لغاية عشرة ملايين ريال و ١,٢٥ % في السنة على مايزيد عن عشرة ملايين ريال الأولى .

وتكون العمولة ٢٠ ريال مقطوعة على خطابات ضمان مقابل مستندات اعتماد مستندي لم تصل إلى البنك أى كفالة بواخر.

(١) انظر باللاحق ، نموذج (٣) ، ص ٢٢٤ .

(٢) انظر باللاحق ، نموذج (٤) ، ص ٢٢٥ .

وتجدر الإشارة إلى أن هذه النسب تطبق على خطابات الضمان الصادرة لمدة سنة،
فبالنسبة لخطابات الضمان الصادرة لمدة تقل عن السنة فإن العمولة تحتسب بواقع عدد
أيام سريان الضمان كالتالي:

عدد أيام سريان الضمان

عدد أيام السنة (بواقع ٣٦٠ يوما

وفي مثالنا السابق تكون العمولة المستحقة كالتالي:

قيمة الكفالة ٣٠٠٠٠٠٠ ريال سعودي

ربع % نظرا لأن قيمة خطاب الضمان لا تتجاوز عشرة ملايين ريال سعودي .

مدة خطاب الضمان سبعة أشهر، أى مائتان وعشرة أيام وتكون العمولة:

$$٣٠٠٠٠٠٠ \times \text{ربع} \% \times ٢١٠$$

$$٣٦٠$$

$$\text{أى: } ٢١٠ \times ٧٥٠٠$$

$$٣٦٠$$

$$\text{أى: } ١٥٧٥٠٠٠$$

$$٣٦٠$$

فالعمولة المستحقة: ٤٣٧٥ ريال سعودي .

وبالإضافة إلى قيمة التأمين وقيمة العمولة، يقتطع أيضا من حساب العميل
المصروفات الأخرى كقيمة الطوابع البريدية.

وحتى يكون البنك أكثر اطمئنانا على استرجاع قيمة الضمان في حالة مصادرته من
قبل المستفيد، فانه يطلب عادة من العميل، وبالإضافة إلى الضمان النقدي أو العيني
أو الشخصى، تقديم كتاب يفوض بموجبه المستفيد بدفع المستخلصات لأمر البنك،

مصدر خطاب الضمان و يقدم هذا الكتاب للمستفيد على النموذج المعد لهذا الغرض^١ وبواسطة البنك الذى يطلب من المستفيد. ارسال إشعار بموافقتهم على تحويل المستخلصات والدفعات لحساب العميل بواسطة البنك مصدر خطاب الضمان وذلك على النموذج المعد لهذا الغرض^٢. وفي حالة عدم استلام البنك رد المستفيد بالموافقة فإنه يقوم بإرسال مذكرة على النموذج المعد لهذا الغرض^٣.

وبالإضافة إلى كون هذا التنازل قد يمثل ضمانا قويا على استرجاع قيمة الضمان في حالة تسديدها للمستفيد، فإن البنك يضمن بأن تتم كل المدفوعات الخاصة بهذه العملية بواسطة، وبالتالى يستفيد من السيولة التى يحصل عليها.

وبعد كل هذه الخطوات يحول الطلب إلى قسم النسخ حتى يقوم بنسخ سند خطاب الضمان على النموذج الخاص بنوع الضمان المطلوب، وعادة مايكون ضمانا ابتدائيا أو نهائيا، أو لسلفة مقدمة. وتجدر الإشارة إلى أنه في حالة طلب العميل إصدار خطاب ضمان بنص خاص، يتعين على الفرع الرجوع إلى الإدارة العامة للبنك حتى يحصل على موافقتها على هذه الصيغة الخاصة.

وفي حالة إصدار خطاب ضمان نهائي يتعين على البنك الحصول من العميل على خطاب رسو المناقصة عليه، وذلك لكي يتأكد البنك من ملائمة خطاب الضمان الصادر للعقد الذى سيبرم بين العميل والمستفيد.

(١) انظر بالملاحق، نموذج (٥)، ص ٢٢٦

(٢) انظر بالملاحق، نموذج (٦)، ص ٢٢٧.

(٣) انظر بالملاحق، نموذج (٧)، ص ٢٢٨

و يتم نسخ خطاب الضمان على النموذج الملائم حسب نوع خطاب الضمان^١.

وبعد النسخ يعاد الطلب مع نسخ خطاب الضمان إلى قسم الكفالات. وعند وصولها. إلى هذا القسم يفتح لكل خطاب ضمان ملف خاص ترحل اليه البيانات المتعلقة بـ خطاب الضمان: رقم خطاب الضمان، اسم العميل المستفيد. الغرض الذي قدم من أجله خطاب الضمان، قيمته، تاريخ تقديمه، تاريخ انتهاء مدة صلاحيته.

ثم تعرض كل المعاملة على المراقب والمدير لتدقيقها والتوقيع في سجل الكفالات الصادرة بما يفيد صحة البيانات المثبتة في السجل. و بعدها يحول الملف إلى قسم الرسائل الذي يقوم بإثبات تصدير إشعار القيد على حساب العميل حسب النموذج المعد لهذا الغرض^٢.

ثم يعاد الملف إلى قسم الكفالات حيث يقوم الموظف المختص بفرز نموذج خطاب الضمان الصادر والذي يتكون من أربع نسخ: بحيث تسلم النسخة الأولى-الأصلية- إلى العميل عادة باليد، أو ترسل إلى المستفيد في حالة طلب العميل ذلك بكتاب خطي، أما النسخة الثانية فتسلم أيضا للعميل كي يتمكن من استكمال ملفاته ومن متابعتها، بينما ترسل النسخة الثالثة إلى الإدارة العامة كي يتسنى لها القيام بإجراءات المراقبة، في حين تحفظ النسخة الرابعة في ملف الكفالات الخاص، للتمكن من الرجوع إليها كلما اقتضت الحاجة ذلك.

(١) انظر على سبيل المثال:

نموذج خطاب الضمان الابتدائي (١/٧) بالملاحق، ص ٢٢٩.

نموذج خطاب الضمان النهائي أو لسلفة (٧/ب) على أن تراعى الصيغة الصادرة عن وزارة المالية والاقتصاد الوطني،

انظر بالملاحق نموذج (٧/ج)، ص ٢٣٠ و ص ٢٣١.

(٢) انظر بالملاحق، نموذج (٩)، ص ٢٣٢.

وبعد ذلك يتم قيد خطاب الضمان في الكشف اليومي لكفالات العملاء/الفروع/البنوك الصادرة بتاريخه، كما تقيد البيانات الخاصة بخطاب الضمان طبقا للنموذج المعد لهذا الغرض^١، وفي نهاية كل يوم، يتم جمع قيمة خطابات الضمان الصادرة والعمولة والتأمين والمصروفات حتى يتم التمكن من مطابقتها مع قسم المحاسبة.

وبعد هذا الكشف من نسختين ترسل الأولى إلى الإدارة العامة بينما يحتفظ بالنسخة الثانية في ملف خاص يعرف «ببوكس فايل» ثم يتم فتح صفحة خاصة بنفس تاريخ استحقاق خطابات الضمان في سجل الاستحقاق أو الكفالات المستحقة وفقا للنموذج المعد لهذا الغرض^٢، وتقيد بهذه الصفحة كل خطابات الضمان التي تنتهى مدتها في نفس التاريخ، فعلى سبيل المثال، بالنسبة لخطابات الضمان التي تنتهى مدتها في تاريخ ١٩٨٧/١/٧م تقيد في نفس الصفحة، بينما تقيد كل خطابات الضمان التي تنتهى في ١٩٨٧/٣/٢٣م في صفحة أخرى خاصة بها، إلى آخر ذلك.

ثم يتم الرجوع إلى نموذج رسك العميل حتى يقوم الموظف بخصم المبالغ التي صدرت بها خطابات الضمان.

وبعد هذه الإجراءات، يوقع رئيس قسم الكفالات بما يفيد التحقق من البيانات المرحلة.

وتجدر الإشارة إلى أنه يتم إجراء القيود المحاسبية خلال القيام بإجراءات إصدار خطاب الضمان كلما اقتضت الحاجة ذلك.

وفي كل هذه الحالات، يجب على البنك أن يتقيد بالحد الأعلى من قيمة الكفالات التي يصدرها العميل لفائدة عميل، بحيث، لا يجوز للبنك أن يقدم لعميل كفالات

(١) انظر بالملاحق، نموذج (١٠)، ص ٢٣٣.

(٢) انظر بالملاحق، نموذج (١١)، ص ٢٣٤.

يتجاوز مجموعها ٢٥٪ من مجموع احتياطياته ورأس ماله المدفوع أو المستثمر، إذ تقضى المادة الثامنة من نظام مراقبة البنوك على أنه: «يحظر على أى بنك أن يعطى قرضاً أو أن يمنح تسهيلات ائتمانية أو أن يقدم كفالة أو ضماناً أو أن يتحمل أى التزام مالى آخر لصالح أى شخص طبيعى أو اعتبارى بمبالغ تتجاوز مجموعها (٢٥٪) خمسة وعشرين فى المائة من احتياطيات البنك ورأس ماله المدفوع أو المستثمر. ويجوز للمؤسسة وفقاً لمتقضيات المصلحة العامة وبالشروط التى تحددها أن تزيد هذه النسبة الى (٥٠٪) خمسين فى المائة.

ولا تسرى أحكام الفقرة السابقة على المعاملات التى تتم بين البنوك أو المراكز الرئيسية للبنوك وفروعها، أو بين هذه الفروع».

وكل من خالف أحكام هذه المادة يعاقب بالسجن لمدة لا تزيد على ستة أشهر وبغرامة لا تزيد على عشرة آلاف ريال سعودى أو بإحدى هاتين العقوبتين^١.

الفرع الثانى

الاجراءات الشكلية لإصدار خطابات الضمان بطلب

من البنوك الأجنبية

لما كانت المملكة العربية حريصة كل الحرص على حماية وتشجيع الصناعات المحلية والمقاولين والموردين من السعوديين، فإنه كان لزاماً عليها وضع القواعد التى من شأنها أن تكفل هذه الحماية.

(١) المادة ٢٣/٢ من نظام مراقبة البنوك.

وفي هذا الإطار جاء قرار مجلس الوزراء رقم ١٢٦ وتاريخ ١٥/١/١٣٩٨هـ، والمتوج بالمرسوم الملكي رقم م/٢ وتاريخ ٢١/١/١٣٩٨ للموافقة على نظام العلاقة بين المكاو الأأببى ووكلله السعودى^١.

كما جاء نظام تأمين مشترىات الحكومة بقواعد فى هذا الشأن ، حبث نصت المادة الأولى/د على أنه : « للأفراد والمؤسسات السعودية المرخص لهم بالعمل طبقا للأظمة والقواعد المتبعة أولوية فى التعامل مع الحكومة ، ومن بعدهم تكون الأولوية للمؤسسات المكونة من سعودىين وعر سعودىين متى بلغ نصيب الأولى ٥٠ ٪ من رأس مال المؤسسة ».

ثم صدر الأمر السامى رقم ٣/هـ/٢٦٠١ وتارىخ ١٠/٢/١٤٠١هـ بوجوب أن تقتصر مقاولات الطرق والجسور العادية والمبانى الصغيرة والمتوسطة على المكاولىن السعودىين . كما صدر الأمر السامى رقم ٣/و/٢٣٤٠١ وتارىخ ١٨/١٠/١٤٠١هـ بوجوب بذل أقصى جهد فى سبىل إتاحة الفرصة للمكاولىن السعودىين لتنفيذ المشاريع الحكومية ، وبوجوب قصر المقاولات عفر الإنشائية على السعودىين . وتنص المادة ١/هـ على أنه : « تفضل المصنوعات والمتنوجات ذات المنشأ السعودى على غيرها من مثىلاتها الأأببىة متى كانت محققة للغرض الذى تقرر التأمين من أجله ولو كانت تقل فى المواصفات عن مثىلاتها الأأببىة ».

وبالرغم من وجود كل هذه القواعد ، وأمام الفراغ فى بعض المجالات ، فأبعض الجهات الحكومية قد تضطر الى توجيه الدعوة الى مؤسسات أأببىة . وفى هذا الشأن

(١) تقضى المادة الأولى من هذا النظام بأنه « بفض لأحكام هذا النظام الوكل السعودى والمكاو الأأببى الذى يتعاقد مع حكومة المملكة العربية السعودية ، و ىدخل فى حكم المكاو الأفراد والشركات التى تقوم بأعمال تنفيذية أو استشارية » . فىما تقضى المادة الثالثة من نفس النظام بأنه : « بجب أن يكون للمكاو الأأببى الذى لىس له شريك سعودى ، وكلل خدمات سعودى ، ولا بجز للمكاو الأأببى واكل عفر السعودى . وإذا كان المكاو الأأببى يقوم بأعمال استشارية فىجب أن يكون وكله مكتباً استشارياً سعودياً » .

صدر الأمر السامى رقم وتاريخ ١١/١٠/١٤٠١هـ متضمنا: «الموافقة على أن تلتزم الشركات والمؤسسات الأجنبية التى تتعامل مع الحكومة بتقديم البيانات والمعلومات الآتية عند دعوتها أو إرادة التعامل معها :

١ - شهادة من بنك معروف ومقبول لدى مؤسسة النقد العربى السعودى تحدد مقدرة الشركة وسمعتها المالية وتعاملها التجارى .

٢ - بيان عن الأعمال التى قامت بها الشركة خارج المملكة فى مجال المشروع الذى تقدمت لتنفيذه داخل المملكة على أن يصدق على محتويات هذا البيان من الغرفة التجارية والصناعية فى بلد الشركة .

٣ - شهادات الإنجاز التى حصلت عليها الشركة عن الأعمال التى قامت بتنفيذها سواء داخل المملكة وخارجها .

٤ - صورة من ميزانية الشركة وحساب الأرباح والخسائر عن السنتين الأخيرتين مصدقة من مكتب محاسب قانونى معترف به .

على أن يكون تقديم هذه البيانات والشهادات مع العطاء والعرض المقدم من الشركة الأجنبية سواء تمت العملية عن طريق المنافسة أو الإتفاق المباشر .

إضافة إلى الشروط والبيانات والوثائق التى يتطلبها نظام مشتريات الحكومة» .

ومن جملة هذه الوثائق التى يتعين على الشركات والمؤسسات الأجنبية تقديمها نجد خطاب الضمان ، حيث قضت المادة التاسعة من اللائحة التنفيذية المعدلة بقرار وزير المالية والاقتصاد الوطنى رقم ١٧/١٤٨٦ وتاريخ ٢٥/٣/١٣٩٨هـ بوجوب تقديم خطاب ضمان مقدم من بنك فى الخارج يقدم بواسطة بنك يعمل فى المملكة .

وحتى تحصل المؤسسة الأجنبية على خطاب الضمان فإنها تتقدم إلى البنك الذى تتعامل معه فى بلدها بطلب لإصدار خطاب ضمان بواسطة أحد البنوك العاملة فى

المملكة العربية السعودية ، وهذا البنك الأجنبي يخلص دوره بواحد من إجراءات: يتمثل الإجراء الأول في أن يصدر البنك الأجنبي خطاب ضمان مباشر يكون بموجبه المتعهد الوحيد بدفع قيمته ، ثم يرسل خطاب الضمان الصادر إلى البنك الذي يتعامل معه في المملكة العربية السعودية ، إما بالبريد أو بالتلكس ، وحين وصوله يقوم البنك المحلى بفحصه و بدراسة البيانات والمعلومات المتعلقة بالبنك و بخطاب الضمان ، ثم يحرر شهادة على النموذج الخاص بخطابات الضمان الواردة بالبريد والمعد لهذا الغرض^١ ، أو على النموذج الخاص بخطابات الضمان الواردة بالتلكس والمعد لهذا الغرض^٢ . و يؤكد البنك بموجب هذه الشهادة صحة التوقيع الوارد على خطاب الضمان ، وصحة الرقم السرى الذى يتم بواسطته التعامل بين البنك الأجنبى والبنك المحلى فى مجال التلكس ، كما يؤكد أن التسهيلات والكفالات الممنوحة للمؤسسة من قبل البنك الأجنبى لا تزيد عن ٢٠% من رأس مال البنك الأجنبى مصدر خطاب الضمان مصرح له من قبل مؤسسة النقد العربى السعودى ، و يرفق البنك المحلى خطاب الضمان الصادر عن البنك الأجنبى بيانا يتضمن أنه لايتحمل أى التزام أو أية مسؤولية مترتبة على خطاب الضمان ، و يبقى البنك الأجنبى المسؤول الوحيد بموجب خطاب الضمان ، وأن البنك المحلى لا يكون مسؤولا إلا فى اطار ما أكده من بيانات ومعلومات تتعلق بالبنك الأجنبى وبخطاب الضمان .

و يتمثل الإجراء الثانى فى أن تقدم المؤسسة الأجنبية طلب إصدار خطاب ضمان إلى البنك الذى تتعامل معه فى بلدها ، والذى بدوره يقوم بتقديم طلب لإصدار خطاب ضمان الى البنك الذى يتعامل معه فى المملكة العربية السعودية ، والذى يقوم بإصدار خطاب ضمان يكون بموجبه مسئولا أمام المستفيد .

(١) انظر بالملاحق ، نموذج (١٢) ، ص ٢٣٥ .

(٢) انظر بالملاحق ، نموذج (١٣) ، ص ٢٣٦ .

و يقدم البنك الأجنبي الطلب إما عن طريق البريد أو عن طريق التلكس، مع العلم بأن العادة قد جرت على تقديم الطلب عن طريق التلكس .

وعند تسلم تعليمات البنك الأجنبي بالتللكس، يقوم الموظف المختص في البنك المحلى بالتحقق من صحة الرقم السرى الذى يتعامل عن طريقه البنكان، ثم يتحقق من أن قيمة خطاب الضمان المطلوب اصداره يدخل ضمن الحد الأعلى المقرر من قبل الإدارة العامة (الرسك)، فلكل بنك أجنبى يتعامل مع البنك المحلى فى هذا المجال كشف، و يستعمل نفس نموذج الرسك المستعمل للعميل المحلى^١.

ثم يقوم الموظف بتجهيز ملف خاص لخطاب الضمان يطلب من بنك أجنبى، وحتسب العمولة بقيمة حسب ماتم الاتفاق عليه بين البنكين، فقيمة هذه العمولة تختلف من بنك إلى آخر، وعادة ماتراوح بين ٠,٥ % و ١ %، ثم يجهز القيد المحاسبى بهذه العمولة، والنموذج الذى يوجهه يطلب البنك المحلى من البنك الأجنبى تحويل قيمة العمولة والمعد لهذا الغرض^٢.

ثم يضاف إلى الملف نموذج خطاب الضمان المطلوب باللغة العربية والمعد لهذا الغرض^١، ونموذج آخر باللغة الإنجليزية والمعد لهذا الغرض^٢، فخطابات الضمان المحلية كطلب البنوك تصدر باللغة العربية، وتعتبر أصل الضمان، وبالإضافة إلى ذلك، يصدر البنك المحلى نسخة من خطاب الضمان باللغة الإنجليزية لإرسالها إلى البنك الأجنبى طالب الإصدار وذلك حتى تكون مفهومة له، وذلك طبقاً للتعليمات الواردة بتعميم مؤسسة النقد العربى السعودى رقم م/١٣٠ وتاريخ

(١) انظر بالملاحق، نموذج (٢)، ص ٢٢٣

(٢) انظر بالملاحق، نموذج (١٤)، ص ٢٣٧.

(١) انظر بالملاحق، النموذج (١٥)، ص ٢٣٨

(٢) انظر بالملاحق، النموذج (١٦)، ص ٢٣٩.

١٤٠٠/٧/٢٥هـ بضرورة أن تكون جميع المراسلات بين الجهات الحكومية المستفيدة والأطراف الأخرى باللغة العربية، وكذلك طبقاً لما ورد بالأمر السامي رقم ١٥٣٥١/ح/٣ وتاريخ ١٤٠٠/٦/٢٠هـ، والقاضى بضرورة استعمال اللغة العربية في تحرير المراسلات والعقود التى تتم مع الشركات والمؤسسات الأجنبية، وكذلك طبقاً لماورد بالأمر السامى رقم ٩٥٧٤/ح/٣ وتاريخ ١٤٠١/٤/٢٧هـ والمتضمن التأكيد على الأمر السابق وشمول ذلك لكافة الوثائق المقدمة، وأنه فى حالة وجود مصطلحات فنية متعارف عليها عالمياً فيمكن إثباتها باللغة الإنجليزية بين قوسين بالإضافة إلى ذكرها باللغة العربية.

ولهذه الأسباب يجب أن توضع على نسخة خطاب الضمان باللغة الإنجليزية وفي مكان واضح عبارة أن أصل خطاب الضمان قد صدر باللغة العربية، وأن خطاب الضمان الصادر باللغة الإنجليزية يستعمل كتعزيز ومطابقته مع العقد ولايعتبر بأى حال كخطاب ضمان أصلى.

ثم تعرض المعاملة على رئيس قسم الكفالات للقيام بتدقيقها وتوقيعها توقيعاً أولياً، ثم تعرض على مراقب الدائرة لتدقيقها وتوقيعها توقيعاً ثانياً، ثم بعد ذلك يتم القيد النظامى للعمولة.

وبعد ذلك يتم تحويل المعاملة لقسم الرسائل ليقوم بتصدير نموذج خطاب الضمان باللغة العربية والنموذج باللغة الإنجليزية وكتاب المطالبة بالعمولة، ثم يعاد الملف إلى قسم الكفالات.

ثم يتم ترحيل بيانات خطاب الضمان الصادر الى الكشف اليومى للكفالات الصادرة بطلب البنوك وإلى باقى السجلات كما هو الحال بالنسبة لخطاب الضمان من عميل محلى، وتستعمل كذلك نفس النماذج.

ثم يتم تزويد الإدارة العامة بنسخة من خطاب الضمان الصادر وبنسخة من تعليمات البنك الأجنبي .

وبعدها يحفظ ملف خطاب الضمان الصادر بطلب من بنك أجنبي .

الفرع الثالث

- الإجراءات الشكلية لإصدار خطابات الضمان المتعلقة بالاعتماد المستندي

يتقدم العميل إلى بنكه الذى تم بواسطته فتح الاعتماد المستندى بطلب لإصدار خطاب ضمان لأمر شركة الملاحة أو وكيلها فى المملكة العربية السعودية حتى يتمكن العميل من الحصول على أمر تسليم البضاعة التى وصلت إلى المملكة ولم تصل بعد المستندات الأصلية المتعلقة بها .

و يتضمن طلب العميل البيانات والشروط التالية :

- اسم وكيل شركة الملاحة فى المملكة وهو المستفيد من خطاب الضمان .
- نوع البضاعة وعددها .
- اسم الميناء الذى شحنت منه البضاعة .
- اسم الباخرة التى تم بواسطتها شحن البضاعة .
- رقم سند (بوليصة) الشحن .

- تعهد العميل بالحصول على سند (بوليصه) الشحن الأصلية خلال فترة ثلاثين يوما من تاريخ إصدار خطاب الضمان.
- تعهد العميل بتسليم البنك سند (بوليصته) الشحن الأصلية وتحمل دفع أى مبلغ فى حالة طلب ذلك.
- تفويض البنك من قبل العميل بقيد أية مبالغ يتوجب قيدها على حسابه نتيجة إصدار خطاب الضمان.
- إقرار العميل وبشكل صريح بقبول المستندات حال وصولها بغض النظر عن أى خلافات قد ترد عليها.

وعند تقديم الطلب يرسل الطلب إلى قسم الدائع حتى يتم التأكد من مطابقة التوقيع ومن كفاية رصيد حساب العميل. ثم يتم الرجوع إلى ملف الاعتماد المستندى وتحويل قيمته إلى الريال السعودى لقيدها على حساب العميل بعد طرح قيمة التأمين النقدى التى سبق قيدها على حساب العميل.

ثم يصدر قسم الاعتمادات المستندية مذكرة إلى قسم الكفالات حتى يقوم بإصدار خطاب الضمان الذى يتضمن اسم وكيل شركة الملاحه، ونوع البضاعة ورقم سند (بوليصه) الشحن واسم الباخرة وتوقيع صاحب البضاعة.

ثم يجهز الموظف المختص ملفا خاصا بخطاب الضمان الذى يعطى رقما متسلسلا فى سجل خطابات الضمان المتعلقة بالاعتماد المستندى، وهونفس نموذج السجل الذى يستعمله البنك فى اصدار خطابات ضمان العملاء ويتم إجراء القيود النظامية.

وبعد ذلك تعرض المعاملة على رئيس قسم الكفالات الذى يقوم بتدقيق بياناتها ووقعها توقيعاً أولياً، ثم تعرض على مراقب الدائرة الذى يقوم بدوره بالتدقيق والتوقيع.

ثم تعاد المعاملة إلى قسم الكفالات الذى يقوم بتسليم العميل النسخة الأصلية، وتسليم النسخة الثانية الى قسم الاعتمادات المستندية لحفظها فى ملف الاعتماد المستندى، ويتم التأشير على هذا الملف بما يفيد إصدار خطاب الضمان، وتبقى النسخة الثالثة فى قسم الكفالات حتى يتمكن من الرجوع إليها كلما اقتضت الحاجة ذلك.

وتجدر الإشارة إلى أن خطاب ضمان مستندات اعتماد مستندى لم تصل بعد، يتعلق بضمان تقديم سند الشحن الأصيل، ولا يتعلق بضمان دفع قيمة البضاعة.

وعندما تصل المستندات الأصلية، يقوم قسم الاعتمادات المستندية بتظهير سند الشحن الأصيل لأمر المستفيد من خطاب الضمان الصادر أى لأمر وكيل شركة الملاحة وبعد ذلك تحول المستندات إلى قسم الكفالات الذى يقوم بإثبات ذلك على سجل الكفالات وعلى ملف الكفالة. ثم يقوم بإرسالها إلى وكيل شركة الملاحة حتى تقوم بإعادة أصل خطاب الضمان إلى البنك حتى يتمكن هذا الأخير من الغائه.

وعند استلام الأصيل يقوم قسم الكفالات بإلغاء خطاب الضمان ثم يقوم بإجراء القيود العكسية النظامية المترتبة على الغاء خطاب الضمان.

المبحث الثانى

-الإجراءات الشكلية الخاصة بتعديل خطابات الضمان-

قد يرد على البنك طلب من العميل أو حتى من المستفيد من أجل تعديل خطاب الضمان الذى سبق أن أصدره البنك، ويتعلق هذا التعديل إما بمدة صلاحية خطاب الضمان وإما بقيمته وإما بالغرض الذى صدر من أجله.

الفرع الأول

-التعديل المتعلق بمدة صلاحية خطابات الضمان

لما كان خطاب الضمان يصدر لمدة محددة، فإنه لا يكون ملزماً للبنك إلا خلال مدة سريانه، بحيث يسقط التزام البنك بانتهاء مدة صلاحية خطاب الضمان.

وقد يحدث أن تنتهي مدة سريان خطاب الضمان قبل أن ينقضي الغرض الذي صدر من أجله خطاب الضمان. وحتى يبقى التزام البنك قائماً لتغطية الغرض، فالأصل أن يقدم العميل طلباً إلى البنك المصدر قبل انتهاء مدة سريان خطاب الضمان بقصد تمديد مدة صلاحيته. إلا أنه، عادة يقوم المستفيد، في الحياة العملية، بتوجيه طلب إلى البنك مباشرة لأجل تمديد مدة سريان خطاب الضمان الساري، بالرغم من أن العلاقة الموجودة بين البنك والمستفيد تقتصر على التزام البنك بأداة قيمة خطاب الضمان لدى أول طلب يتقدم به المستفيد أثناء سريان خطاب الضمان.

ولهذا، قد يسبب هذا الطلب حرجاً للبنك خاصة إذا كان المستفيد جهة حكومية، فهي تضمن طلب التمديد بشرط المطالبة بدفع القيمة في حالة عدم تمديد سريان مفعول خطاب الضمان، بحيث يؤدي رفض البنك لتمديد صلاحية الضمان إلى مصادرة خطاب الضمان.

وحتى تتفادى البنوك هذه المشكلات مع المستفيدين ومع عملائها، فإنها نشيطة تضمين طلب إصدار خطاب الضمان بصرح العميل بموجبه للبنك بمدة سريان خطاب الضمان دون الرجوع إليه وبالرغم من أية معارضة من جانبه^١.

(١) انظر ماسبق الشروط التي يتضمنها طلب إصدار خطاب الضمان، ص ٩٤ وما بعدها.

ونرى أنه من صالح البنك والعميل أن يتضمن طلب إصدار خطاب الضمان هذا الشرط، وذلك لأنه مادامت المطالبة بالتمديد قد صدرت أثناء سريان خطاب الضمان فإنه ليس للبنك إلا أن يستجيب لطلب الجهة المستفيدة بتمديد مدة سريان خطاب الضمان، وإلا فإن عليه أن يقوم بدفع قيمته فوراً، ونعتقد في أن تمديد المدة أخف وطأة، من الناحية المالية، من دفع قيمة الضمان، خاصة وأن البنك هو الملتزم الوحيد أمام المستفيد، فهو الذى يتحمل جميع النتائج في حالة امتناعه عن المديد أو عن الوفاء بالتزامه الوارد في خطاب الضمان، وبعد ذلك فإنه للبنك أن يرجع على العميل.

وبالرغم من وجود هذا الشرط فإننا نعتقد أنه يتعين على البنك إبلاغ العميل بفحوى طلب المستفيد المتعلق بمد مدة صلاحية خطاب الضمان دون أن يفهم من ذلك أن التمديد معلق على موافقة العميل.

وكذلك الشأن بالنسبة لخطاب الضمان الصادر بطلب من بنك أجنبي، إذ يتعين على البنك المحلى اخطار البنك الأجنبى بطلب المستفيد لمد صلاحية الضمان، وإبلاغه بأنه في حالة عدم وصول موافقته على مد الصلاحية قبل انتهاء مدة سريان الضمان، فإن البنك المحلى سيجد نفسه ملزماً بأداء قيمة الضمان للجهة المستفيدة في تاريخ انتهاء مدة السريان، وذلك على النموذج المعد لهذا الغرض^١.

و يقوم قسم الكفالات بالإجراءات الشكلية المتعلقة بتمديد صلاحية خطابات الضمان. فبعد استلام طلب العميل على النموذج المعد لهذا الغرض^٢، أو طلب المستفيد بالصيغة التى يراها^٣، يقوم الموظف المختص بإحضار ملف خطاب الضمان المطلوب

(١) انظر الملحقات، النموذج (١٧)، ص ٢٤٠

(٢) انظر الملحقات، النموذج (١٨)، ص ٢٤١

(٣) انظر النموذج الصادر عن وزارة المالية والاقتصاد الوطنى، الملحقات نموذج (١٨/ب)، ص ٢٤٢

تمديده و يتحقق من أن خطاب الضمان لا يزال ساريا، ثم يتأكد من رقم الكفالة والغرض الذى صدرت من أجله، ومن مطابقة هذه البيانات مع ماورد بطلب التمديد.

ثم يقوم باحتساب العمولة الواجب استيفاؤها من العميل نتيجة تمديد خطاب الضمان. وتحتسب العمولة بنفس الطريقة التى تحتسب بها العمولة عند اصدار خطاب الضمان^١. ثم يتم تحرير التمديد على النموذج الخاص به^٢، كما تحرر نسخة باللغة الإنجليزية فى حالة ماإذا كان خطاب الضمان قد صدر بطلب من بنك أجنبى.

ويتضمن التمديد رقم خطاب الضمان، وتاريخ اصداره، ومبلغه، واسم المستفيد، واسم العميل، والغرض الذى صدر من أجله والمدة التى تم تجديدها. ويتكون نموذج التمديد من ثلاث نسخ: بحيث ترسل النسخة الأولى إلى الجهة المستفيدة، أما الثانية فترسل إلى العميل لإخطاره بالتمديد، بينما يحتفظ بالنسخة الثالثة فى ملف الكفالة.

ثم يتم ترحيل التمديد إلى سجل الكفالات. وبعد ذلك تعرض المعاملة على رئيس قسم الكفالات الذى يقوم بتدقيقها وتوقيعها توقيعاً أولياً، وتحول بعد ذلك الى مراقب الدائرة الذى يقوم بدوره بتدقيقها وتوقيعها. ثم يقوم قسم الرسائل بإرسال كل من النسخة الأولى إلى المستفيد، والنسخة الثانية إلى العميل، ويحتفظ بالنسخة الثالثة فى ملف الكفالة فى مكانه المسلسل.

و يقوم الموظف المختص بترحيل التمديد إلى كشف الكفالات التى تم تمديدها بتاريخه على النموذج المعد لهذا الغرض^٣.

(١) انظر ماسبق ص ١٠٤ و ص ١٠٥.

(٢) انظر الملاحق، نموذج (١٩)، ص ٢٤٢.

(٣) انظر الملاحق، نموذج (٢٠)، ص ٢٤٣.

وتجدر الإشارة إلى أن التعديل المتعلق بمدة خطاب الضمان لا يخص إلا التمديد أما إذا كان الأمر يتعلق بتخفيض المدة، فإن المستفيد يقوم بإرجاع خطاب الضمان قبل انتهاء مدته .

الفرع الثاني

- تعديل خطابات الضمان بزيادة أو تخفيض قيمتها

تقضي اللائحة التنفيذية لنظام مشتريات الحكومة بتمكين الجهة الإدارية من زيادة أو تخفيض التزامات المتعهد أو المقاول في حدود ٢٠٪ من مجموع قيمة العقد^١ . ويقضي نظام تأمين مشتريات الحكومة بتمكين الجهة الإدارية من تقديم سلفة للمتعاقد معها في حدود ٢٠٪ من المستحقات على أن تحسم هذه الدفعة على أقساط^٢ . كما يقضي نفس النظام بجواز تخفيض الضمان النهائي في عقود التشغيل والصيانة تدريجياً حسب تنفيذ الأعمال، شريطة ألا يقل عن الضمان اللازم لقيمة الأعمال المتبقية من العقد^٣ . وفي كل هذه الحالات، قد يطلب العميل تعديل خطاب الضمان الذي تم إصداره إما بالزيادة أو بالتخفيض .

أولاً - تعديل خطاب الضمان بالزيادة

في حالة زيادة التزامات المقاول طالب إصدار خطاب الضمان نتيجة تكليفه من قبل الجهة الإدارية بأعمال إضافية، فإنه يتعين على المقاول تقديم طلب للبنك للقيام

(١) المادة ٢٥ من اللائحة التنفيذية

(٢) المادة ٨/أ من نظام تأمين مشتريات الحكومة

(٣) المادة ٧/ج من نفس النظام .

بإصدار خطاب ضمان جديد بالمبلغ الإضافي، تنتهي مدته في نفس تاريخ خطاب الضمان الأول. وفي هذه الحالة يقوم البنك بنفس الإجراءات التي يقوم بها عند إصدار أي خطاب ضمان بطلب من العميل.

إلا أنه يمكن للبنك أن يقوم بإصدار خطاب ضمان جديد بالقيمة التي يتضمنها خطاب الضمان الأول مضافا إليها القيمة الجديدة بحيث يحمل الخطاب رقما جديدا وينتهي مفعول سريانه في نفس تاريخ الضمان الأول ويحمل نفس غرض الضمان القديم، وبشكل أعم يتضمن كل بيانات الخطاب القديم ماعدا القيمة. وفي هذه الحالة أيضا، يقوم البنك بنفس الإجراءات التي يقوم بها في حالة إصدار خطاب ضمان بطلب من العميل. إلا أنه يتعين عليه أن يقوم أيضا بإلغاء الخطاب القديم وإلغاء القيود الخاصة به عند إرجاعه له.

ولما كان ارجاع خطاب الضمان القديم قد يشكل خطرا على البنك فإنه سوف يطلب غطاء جديدا، وسوف يخصم قيمة خطاب الضمان الجديد من «رسك» العميل إلى أن يرجع إليه خطاب الضمان القديم ويقع الغاؤه. ولهذه الأسباب فقد جرت العادة في العديد من البنوك اتباع الإجراءات الأول والمتمثل في إصدار خطاب ضمان جديد بالقيمة الإضافية و يبقى خطاب الضمان الأول قائما.

ثانيا - تعديل خطاب الضمان بالتخفيض

لما كان تخفيض قيمة خطاب الضمان يترتب عليه تخفيض التزامات البنك قبل المستفيد فإنه لا يمكن أن يتم ذلك إلا بموافقة المستفيد من خطاب الضمان. وعلى هذا الأساس، وفي حالة تخفيض قيمة الدفعة المقدمة تقوم الجهة الإدارية المستفيدة من خطاب الضمان - في العادة - بإخطار البنك بذلك وبطلب تخفيض الضمان تبعا لذلك، بخطاب محرر بالصيغة التالية:

بسم الله الرحمن الرحيم

الجهة الحكومية
ص ب
المملكة العربية السعودية
الرقم
التاريخ
المرفقات

السادة / البنك

الموضوع: تخفيض قيمة خطاب ضمان.

بعد التحية ،

نشير إلى خطاب الضمان ٨٦/١٥٠ وتاريخ ١٩٨٦/٣/٢٣م الممثل لمبلغ وقدره (٣٦٠٠٠٠) ريال المقدم عن مؤسسة يوسف الشهراني لقاء الدفعة المقدمة المصروفة لهم بنسبة ٢٠% عن عقدها المتعلق ببناء مستودعات .

نأمل توجيهه من يلزم بتخفيض قيمة الضمان المذكور بحيث يصبح الرصيد بعد التخفيض مبلغ (٢٣٠٠٠٠) ريال سعودي (مائتين وثلاثين ألف ريال سعودي فقط) ولكم فائق تحياتنا

مدير عام الشؤون الإدارية والمالية

وعند تسلم البنك الإخطار الصادر عن الجهة الحكومية المستفيدة من خطاب الضمان، يقوم الموظف المختص بالإجراءات الشكلية المتعلقة بتخفيض الضمان والتي تتمثل أساساً في الخطوات التالية :

يقوم الموظف المختص بإحضار الملف الخاص بخطاب الضمان المعني بتخفيض القيمة، ثم يقوم بإعداد القيود النظامية الخاصة بتخفيض قيمة تعهدات العميل على

النموذج المعد لهذا الغرض^١، والخاصة بتخفيض قيمة التأمين المستوفى، كما يقوم بتعديل «رسك العميل» بإضافة ما سيتم تخفيضه. ثم يتم ترحيل هذه التعديلات الى سجل الكفالات، وبعد ذلك يقوم بتجهيز إشعار للعميل بتخفيض تعهداته على النموذج المعد لهذا الغرض^٢.

وبعد ذلك تعرض المعاملة على رئيس قسم الكفالات حتى يقوم بتدقيقها وتوقيعها أوليا، ثم تحول إلى مراقب الدائرة ليقوم بدوره بتدقيقها وتوقيعها.

ثم تنقل البيانات الخاصة بتخفيض خطاب الضمان إلى كشف بالكفالات المملغة والمخفضة لدى البنك بتاريخه حسب النموذج المعد لهذا الغرض^٣.

وبعد ذلك يعاد ملف خطاب الضمان إلى مكانه حسب رقمه المسلسل.

المبحث الثالث

- الإجراءات الشكلية المتعلقة بانقضاء خطابات الضمان

ينقضي خطاب الضمان في حالة مصادرته من قبل المستفيد وقبل انقضاء مدته، كما ينقضي في حالة إلغائه بانتهاء مدته. وفي ضوء الحالتين السابقتين سنبحث الإجراءات الشكلية الخاصة بكل حالة على حدة.

(١) انظر الملحقات، نموذج (٢١)، ص ٢٤٥

(٢) انظر الملحقات، نموذج (٢٢)، ص ٢٤٦

(٣) انظر الملحقات، نموذج (٢٣)، ص ٢٤٧

الفرع الأول

: مصادرة خطاب الضمان

عملا بالشروط التي يتضمنها خطاب الضمان، فإن البنك يتعهد تعهدا غير مشروط بأن يدفع للمستفيد من خطاب الضمان المبلغ المذكور به عند استلام أول إشعار خطي يصدر منه خلال مدة صلاحية الضمان، وذلك تبعا للتقدير المطلق من قبل المستفيد بوجود تقصير في تنفيذ العقد الأصلي المبرم بين العميل والمستفيد، ومن ثم، يكون للمستفيد الحق في مصادرة قيمة الضمان ومطالبة البنك بتسديد قيمته خلال مدة سريان خطاب الضمان، ولا يمكن للبنك أن يرفض الوفاء حتى في حالة معارضة العميل.

ففي حالة التقدير المطلق من قبل المستفيد بوجود تقصير في تنفيذ شروط العقد، فإنه يرسل إلى البنك مصدر خطاب الضمان إشعارا يطالبه بموجبه بدفع قيمة الضمان، وذلك بالصيغة الموجودة بالصفحة المقابلة.

وعند تسلم البنك لمطالبة المستفيد بدفع قيمة خطاب الضمان فإنه يقوم بالإجراءات الشكلية الآتية:

يقوم البنك بإعلام الإدارة العامة بهذه المطالبة لتتمكن من إعادة دراسة الوضع المالي للعميل والنظر في تمكين العميل من التسهيلات الائتمانية الممنوحة له.

ثم يقوم البنك بإخطار العميل للعلم، حتى يتمكن من حل النزاع بينه وبين المستفيد بطريقة مباشرة، ومن ثم يقوم المستفيد بالتراجع عن المطالبة.

بسم الله الرحمن الرحيم

الجهة الإدارية
ص ب
المملكة العربية السعودية
الرقم
التاريخ
المرفقات

الموضوع: طلب مصادرة خطاب الضمان

حضرة / البنك

تحية واحتراما

أما بعد

نشير إلى خطاب الضمان رقم ٨٦/١٥٦ وتاريخ ١٤٠٦/٣/٢٣ هـ الصادر عنكم كطلب عملائكم مؤسسة يوسف الشهراني، والذي يسري مفعول صلاحيته حتى تاريخ ١٤٠٨/٣/٢٣ هـ.

نأمل تزويدنا بشيك بمبلغ (١٥٠٠٠٠) ريال سعودي (فقط مائة وخمسون ألف ريال سعودي) لأمر الجهة المذكورة أعلاه، قيمة خطاب الضمان المذكور، وذلك خلال عشرة أيام من تاريخ خطابنا هذا، وذلك لعدم وفاء مؤسسة يوسف الشهراني بالتزاماتها.

هذ وسوف نعيد لكم خطاب الضمان حال استلامنا للقيمة.

ولكم تحياتنا

مدير عام الشؤون الإدارية والمالية

وفي حالة اصرار المستفيد على المطالبة بقيمة الضمان، يقوم الموظف المختص بقيد القيمة المطلوبة على حساب العميل بعد خصم التأمين النقدي الذي سبق أن تم استيفاؤه من قبل البنك.

وبعد ذلك يتم دفع قيمة الضمان من قبل البنك للمستفيد بواسطة شيك، ويجري الموظف القيد النظامي بإلغاء تعهد العميل.

و يرسل البنك الشيك إلى الجهة الإدارية المستفيدة بالبريد المسجل. ثم يتم الترحيل إلى سجل الكفالات لإثبات إلغاء خطاب الضمان مع ملاحظة أن القيمة قد تمت مصادرتها.

وتعرض المعاملة على رئيس قسم الكفالات للتدقيق والتوقيع الأولي ثم تعرض على مراقب الدائرة الذي يقوم أيضا بالتدقيق والتوقيع.

وبعد ذلك يقع تسجيل خطاب الضمان في كشف الكفالات المدفوعة أو المقام بها قضايا طبقا للنموذج المعد لهذا الغرض^١، كما يتم الترحيل إلى باقي السجلات: سجل الاستحقاق وسجل «رسك» العميل.

وبذلك ينقضي تعهد البنك قبل المستفيد، وينقضي تعهد العميل قبل البنك. إلا أنه في حالة عدم كفاية رصيد العميل في حسابه الجاري لدى البنك لتغطية المبلغ، فإنه، بالرغم من ذلك، يتعين على البنك دفع قيمة الضمان للمستفيد، وتبقى هذه القيمة التي لم يغطيها الرصيد كتسهيل ائتماني للعميل يمكن للبنك استيفاؤه من الغطاء العيني أو من الكفيل الشخصي.

(١) انظر الملحقات، نموذج (٢٤)، ص ٢٤٨

الفرع الثاني

إلغاء خطابات الضمان

يقوم البنك بإلغاء خطاب الضمان إذا أعيد إليه قبل انتهاء مدة صلاحيته متى انتهى الغرض منه أو عند انقضاء أجل الضمان دون أن تصله أية مطالبة من المستفيد .

أولا - إلغاء خطاب الضمان المعاد إلى البنك قبل انقضاء مدته لانتفاء الغرض منه

تقوم الجهة المستفيدة في العادة بإخطار البنك بالإفراج عن خطاب الضمان الصادر عنه وذلك طبقا للنموذج المعد لهذا الغرض^١ ، ويرفق بالإشعار خطاب الضمان المراد إلغاؤه لانتفاء الغرض منه .

ففي حالة خطابات الضمان الابتدائية قد قضت المادة ٢٠ من اللائحة التنفيذية لنظام تأمين مشتريات الحكومة بأنه : «ترد الضمانات المؤقتة إلى أصحاب الغروض غير المقبولة فوراً بعد البت في العروض ، دون حاجة إلى طلب يقدم من أصحابها» .

أما بالنسبة لخطابات الضمان النهائية ، فقد جاء بتعميم وزارة المالية والاقتصاد الوطني رقم ١٤٣٣١/١٢ وتاريخ ١٣٩٩/٨/٢١ هـ ضرورة سرعة الإفراج عن الضمانات النهائية بعد تسليم الأعمال تسليمًا ابتدائياً أو نهائياً حسب الأحوال .

(١) انظر الملاحق ، نموذج (٢٥) ، ص ٢٤٩

وعندما يتسلم البنك النسخة الأصلية من خطاب الضمان وكتاب الجهة المستفيدة منه، يقوم بالإجراءات الشكلية التالية:

يقوم الموظف المختص بإحضار ملف خطاب الضمان الخاص، وتجهيز القيود النظامية العكسية لتحرير التأمين وتعهدات العميل، والترحيل لسجل الكفالات، ثم تعرض المعاملة على رئيس قسم الكفالات الذى يقوم بتدقيقها وتوقيعها توقيعاً أولياً، ثم تعرض على مراقب الدائرة الذى يقوم بدوره بتدقيقها وتوقيعها توقيعاً ثانياً. ثم تحول المحسوبات لإجراء القيود النظامية، ويرسل اشعار للعميل بالقيد لحسابه.

ثم يقوم الموظف المختص بالترحيل بما يفيد الإلغاء إلى الكشف اليومي بالكفالات المعادة والملفات وإلى باقي السجلات: سجل الاستحقاق وسجل «رسك» العميل. ثم يتم حفظ أصل الضمان المعاد وكتاب الجهة المستفيدة والنسخة الثانية من القيد لحساب العميل ويحفظ الملف.

ثانياً - إلغاء خطابات الضمان عند انتهاء أجله دون تسليم أية مطالبة من المستفيد

الأصل فى مجال خطاب الضمان هو أن يعاد إلى البنك عند انتهاء مدة صلاحيته خاصة إذا لم يكن ما يستدعي المطالبة بكل أو ببعض قيمته من قبل المستفيد.

إلا أنه وبالرغم من نص المادة ٢٠ من اللائحة التنفيذية لنظام تأمين مشتريات الحكومة ومن تعميم وزارة المالية والاقتصاد الوطنى رقم ١٢/١٤٣٣١ وتاريخ ١٣٩٩/٨/٢١هـ، يلاحظ أن بعض الجهات الحكومية لا تراعى قاعدة إعادة خطابات الضمان إلى البنوك حتى تقوم بإلغائها عند انتهاء مدة صلاحيتها، الشيء الذى يسبب

بعض الحرج للبنك مصدر خطاب الضمان، حيث لا يمكن له إتمام الإجراءات الخاصة بإلغائه، وذلك لأن استرجاع البنك لأصل خطاب الضمان يعتبر من الأمور الضرورية لاستكمال ملفاته.

ولهذه الأسباب فقد جرت العادة في بعض البنوك، ومن قبيل الاحتياط الكلي، على عدم الإفراج عن التأمين النقدي وعن تعهدات العميل قبل انقضاء مدة يحددها البنك من نهاية مدة الضمان، إذ لم يسترجع البنك أصل خطاب الضمان.

وقد ذهبت بعض البنوك الأخرى^(١) إلى تضمين طلب إصدار خطاب الضمان شرطاً يقضي بما يلي: «طالب الضمان سوف يدفع للبنك - كتأمين - المبلغ الذي يراه البنك ضرورياً. وإن ذلك التأمين سوف يعاد لطالب الضمان بعد أن يكون البنك قد تسلم نسخة الضمان الأصلية نظراً لأن بعض الدوائر الرسمية تعتبر أن البنك ملزم حتى ذلك الوقت دون الأخذ في الاعتبار تاريخ الصلاحية الحقيقية لخطاب الضمان».

أما البعض الآخر من البنوك فقد ذهب إلى الأخذ بانتهاء صلاحية خطاب الضمان، فانقضاء هذه المدة يرتب انقضاء التزامه، ومن ثم فإن البنك لا يقبل أية مطالبة بعد انقضاء هذه المحددة.

ونعتقد أنه، لما كانت صيغة خطاب الضمان تتضمن عبارة: «يسري مفعول هذا الضمان حتى نهاية اليوم.... من الشهر.... من عام.... هجرية» ولما كانت القواعد القانونية العامة في مجال الالتزام تقضي بانقضاء الالتزام بانتهاء المدة المتفق

(١) انظر نموذج طلب إصدار خطاب الضمان المجهز من قبل البنك السعودي الفرنسي، بالملحقات، ص ٢١٨.

عليها^١، فإننا نرى أنه لا يمكن للجهة الإدارية المستفيدة من خطاب الضمان أن تطالب بقيمته بعد انتهاء مدته المحددة.

وفي كل هذه الحالات، وعند قيام البنك بإلغاء خطاب الضمان، فإن البنك يقوم بذات الإجراءات الشكلية السابقة والمتعلقة بإلغاء خطاب الضمان عند حصوله على النسخة الأصلية.

(١) عبدالرزاق السنهوري، الوسيط، مرجع سابق، ص ٦٢٩:

«الحق الشخصي، أي الالتزام، بخلاف الحق العيني، مصيره حتما إلى الزوال. فلا يجوز أن يبقى المدين ملتزما للدائن إلى الأبد، فإن ذلك يتعارض مع الحرية الشخصية. والأصل براءة الذمة أما شغلها فأمر عارض، والعارض لا يدوم».

الباب الثاني

الآثار القانونية المترتبة على خطابات الضمان

من قبل دائني المستفيد منه، مما ينشئ علاقة بين أطراف خطاب الضمان والغير. وبالرغم من وجود كل هذه العلاقات القانونية المترتبة على خطاب الضمان ومن تشعبها، فإن المنظم السعودي شأنه في ذلك شأن العديد من المشرعين في البلدان الأخرى، لم يتدخل لوضع القواعد الكفيلة لتحديد هذه الآثار القانونية المترتبة على هذه العلاقات وأمام هذا الفراغ النظامي الخاص، فإنه يتعين الرجوع إلى القواعد القانونية العامة لتحديد الطبيعة القانونية لخطاب الضمان، ثم تحديد الآثار القانونية المترتبة على خطاب الضمان في علاقة الأطراف، هذه العلاقة الثلاثية التي أنشأها خطاب الضمان والمتمثلة في علاقة البنك بالعميل، وعلاقة البنك بالمستفيد، وعلاقة العميل بالمستفيد، وتحديد هذه الآثار في علاقة الأطراف بالغير.

لما كان خطاب الضمان تصرفاً قانونياً يلتزم بموجبه البنك بدفع مبلغ معين من النقود لدى أول طلب من المستفيد، فإن ينشئ حقاً مباشراً للمستفيد مستمداً من تعهد البنك.

وعند طلب إصدار خطاب الضمان، فإن العميل يلتزم بتقديم التأمين النقدي أو الغطاء المتفق عليه كما يلتزم بتحمل كل المصاريف والتعويضات المترتبة على خطاب الضمان.

ويأتى خطاب الضمان نتيجة علاقة أصلية بين العميل طالب إصدار خطاب الضمان والمستفيد منه.

وقد يطرأ أثناء سريان خطاب الضمان وقبل أداء قيمته من قبل البنك للمستفيد، أو حتى بعد أداء قيمته ما يستدعي توقيع الحجز على هذه القيمة من قبل دائني العميل طالب إصدار خطاب الضمان أو

الفصل الأول

الآثار القانونية المترتبة على خطابات الضمان في علاقة الأطراف في ضوء طبيعته القانونية

ذهب الفقه إلى تحديد الطبيعة القانونية لخطاب الضمان بالرجوع إلى القواعد المدنية^١. ومن الواضح أن الآثار القانونية المترتبة على خطاب الضمان في علاقة الأطراف سوف تتأثر حتما بطبيعته القانونية، وهذا ما يدعونا إلى البحث في مدى صلاحية هذه الأفكار المدنية لتحديد الطبيعة القانونية لخطاب الضمان ومن ثم الآثار القانونية التي تتولد عنه في علاقة الأطراف.

إلا أنه يتعين علينا ملاحظة أن التزام البنك التزام من نوع خاص، مما قد يخرجنا عن الإطار المدني التقليدي العام ويدعونا إلى البحث في هذا المجال الخاص لتحديد الطبيعة القانونية لخطاب الضمان، ثم الآثار القانونية المترتبة عليه في علاقة الأطراف.

المبحث الأول -

مدى صلاحية القواعد المدنية لتحديد الطبيعة القانونية

خطاب الضمان وتفسير الآثار القانونية المترتبة عليه

يتنازع الفقه أربعة آراء لتحديد الطبيعة القانونية لخطاب الضمان، فمنهم من ذهب إلى القول بأن خطاب الضمان هو عبارة عن عقد كفالة ومنهم من قال بأنه إنابة، ومنهم من قال بأنه عقد اشتراط لمصلحة الغير، ومنهم من رأى أنه إرادة منفردة.

(١) انظر في هذا الشأن سميحة القليوبي، مرجع سابق، ص ٤٣ وما بعدها.

الفرع الأول

مدى صلاحية فكرة الكفالة لتفسير الآثار

القانونية المترتبة على خطاب الضمان

ذهب رأي فقهي مؤيد بجانب من الاجتهاد القضائي في بعض البلدان^(١) إلى القول بأن خطاب الضمان هو نوع من أنواع الكفالة يلتزم بموجبها البنك كفالة عميله بتنفيذ التزامه تنفيذا كاملا وجيدا، بحيث يتحمل البنك دفع قيمة خطاب الضمان في حالة تقصير العميل في تنفيذ التزامه، فالكفالة هي أساس التزام البنك عند إصداره لخطاب الضمان.

وقد جاء هذا الرأي نتيجة ما تضمنه نماذج عقود خطابات الضمان التي تلتزم بموجبها البنوك، حيث أن تعهد البنك يقضي بأنه يضمن دفع المبلغ المحدد في خطاب الضمان خلال المدة المعينة وفقا لأحكام القانون المدني، وبناء على صيغة هذا التعهد قضت محكمة التعقيب الفرنسية^(٢) بخضوع ضمان البنك إلى أحكام الكفالة العادية المنصوص عليها في القانون المدني، واعتبرت التزام البنك التزاما تابعا لالتزام أصلي، وهو التزام العميل.

وقد قضت بإلزام البنك بوفاء قيمة ما التزم بضمانه حتى ولو أصدر العميل أمرا بعدم الوفاء، ولا يعنى هذا أن محكمة التعقيب الفرنسية، أنها ناقضت نفسها عندما

(١) انظر في هذا الشأن الاجتهاد الفرنسي:

Cass. 14 Janvier 1963, Rev. Banque, Mars 1963, No 201, p. 199 - Com. 5 décembre 1967 et 28 octobre 1968, Rev. Banque 1968, No 275 - Civ. 16 Février 1970, Rev. Banque 1970, No 289 p. 923.

(٢) انظر الهامش (١) ص ١٣٨.

اعتبرت التزام البنك التزاما تابعا ثم لم تمكن العميل من أمر البنك بعدم الوفاء، وهذا قد يعني استقلال التزام البنك، وإنما يرجع السبب في ذلك إلى أنها قد ذهبت إلى القول بأن تعهد البنك محدد بفترة زمنية معينة ومن ثم لا يمكن للبنك أن يتخلى عن التزامه خلالها وإلى جانب هذا النوع من العقود، فقد التزمت البنوك الفرنسية بعقود خطابات ضمان من نوع آخر، حيث ورد بنصها تعهد البنك بشكل بات ومستقل ومنجز وقد يكون هذا التعهد مشروطا أو غير مشروط، فالتعهد المشروط يتضمن شرطا يتوقف على حدوثه تنفيذ التزام البنك، كأن يرد بصيغة تعهد البنك شرط يلزم المستفيد بأن يثبت بأن العميل طالب بإصدار خطاب الضمان قد قصر في تنفيذ التزاماته طبقا لما ورد بالعقد الأصلي المبرم بين المستفيد والعميل. وقد ورد مثل هذا الشرط في صيغة خطاب ضمان أصدره بنك فرنسي (البنك الفرنسي الروماني) حيث جاء به: «نضمن بشكل بات دفع مبلغ ٢٤٠٠٠٠ فرنك فرنسي لفائدة أوبنتر ولدى أول طلب يثبت أن داكوماكس لم ينفذ التزاماته طبقا لما ورد بالعقد.....»، وكان هذا الضمان محل نزاع المحكمة التجارية بباريس ثم أما محكمة الاستئناف بباريس^١.

أما التعهد غير المشروط، فلا يتضمن أي شرط يوقف تنفيذ التزام البنك، بحيث يلتزم البنك التزاما مجردا بأن يدفع للمستفيد من خطاب الضمان مبلغا من النقود لدى أول طلب منه وبالرغم من أية معارضة من العميل. وقد وردت هذه الصيغة في خطاب ضمان أصدره «ضراب بنك» كان محل نزاع أمام المحكمة الابتدائية بباريس، حيث جاءت عبارته «نتعهد بموجب هذا الضمان بأن نضع تحت تصرفكم ولدى أول طلب

(1) "... Nous garantissons de payer à Opinter ... 240.000 f.f. irrévocablement et à la première demande justifiée confirmant que Dacomex n'a pas exécuté ses obligations conformément aux contrats ...". Voir C. A. Paris 24 novembre 1981, D 1982, p. 296, Note M. Vasseur - Trib. de com. de Paris, 24 mars 1981, 1ère espèce, D. 1981 p. 482, Note H. Vasseur.

منكم يرد إلينا وبرغم أية معارضة من الأطراف المتعاقدة، مبلغا وقدره ٢١٧٩١٠ دولار أمريكي^١ .

وتجدر الإشارة إلى خطابات الضمان التي تصدرها البنوك في المملكة العربية السعودية تتضمن - شأنها في ذلك شأن البنوك الفرنسية - تعهدا باتا ومستقلا ومنجزا وغير مشروط بالنسبة لخطابات الضمان الابتدائية، ومشروطا بالنسبة لخطابات الضمان النهائية بوجود تقصير في تنفيذ العقد الأصلي، مع ملاحظة أنه يرجع للمستفيد وحده وبشكل مطلق حق تقدير التقصير من عدمه^٢ .

وهكذا نتبين أن تعهد البنك في هذا النوع من خطابات الضمان يتميز بالاستقلالية عن الإلتزام الأصلي وبالتجريد، وبالتالي لا يمكن أن يكون كما هو الحال بالنسبة للكفالة التزاما تابعا للإلتزام الأصلي .

ومن هذا المنطلق يتضح لنا أن فكرة الكفالة لا تكفي لتفسير عدد من الآثار القانونية المترتبة على عملية خطاب الضمان، فهي لا تفسر خاصة قاعدة استقلال التزام البنك قبل المستفيد عن الإلتزام الأصلي لعميله قبل المستفيد، فليس للبنك أن يحتج في مواجهة المستفيد بالدفع التي تكون للعميل والمستمدة من العلاقة الأصلية . كما أنه لا يمكن للكفالة أن تفسر ميزة خطاب الضمان المتمثلة في أنه بديل عن التأمين النقدي، فحصول المستفيد على خطاب الضمان يجعله وكأنه قد حصل على تقديم تأمين نقدي .

(1) "... Nous nous engageons, par les présentes, à tenir à votre disposition, à titre de dépôt de garantie, libre d'intérêts et payable comptant à votre première demande et nonobstant toute contestation de la part des parties contractantes, le montant de 217910 US Dollars. Attendu que la garantie donnée à la N. B. E par la FRAB Bank présente un caractère inconditionnel, donc indépendant du contentieux pouvant exister entre l'acheteur et le vendeur", voir Trib. G. Inst. de Paris 11 juillet 1980, 3e Espèce, D. 1981, p 336, Note M. Vasseur.

(٢) انظر ما سبق ص ٤٩، ص ٥٠

ولا يمكن أيضا للكفالة أن تفسر عدم التزام البنك بإخطار عميله قبل القيام بوفاء قيمة خطاب الضمان متى طلب ذلك العميل، فهذا الشرط يجعل من تعهد البنك تعهدا باتا ومجردا^١.

ولهذه الأسباب، فإنه يتعين البحث في الطبيعة القانونية لخطاب الضمان، وفي الآثار المترتبة عليه بعيدا عن فكرة الكفالة، ولعلنا نجد هذه الطبيعة وهذه الآثار في فكرة الإنابة.

الفرع الثاني

مدى صلاحية فكرة الإنابة لتفسير الآثار

القانونية المترتبة على خطاب الضمان

الإنابة (Ladelegation)^١ تصرف قانوني يتمثل في قبول شخص يسمى المتاب (Le delegue) للوفاء بالتزام شخص آخر يعرف بالنيب (Le delegant) لشخص ثالث

(١) وقد عبر عن نفس الفكرة الفقيهين الفرنسيين قافلدا وستوفلي:

C. Gavalda et J. Stoufflet : La lettre de garantie internationale, Rev. Trim. de dr. Com. et de dr. Eco. 1980 p.3 . "Pour une garantie d'exécution fournie par un tiers, le cautionnement paraît, de prime abord, la technique juridique appropriée. En fait cette sûreté n'est plus jugée aujourd'hui énergique dans le commerce international. Elle est en fait affectée d'un vice congénital : le caractère subsidiaire de l'engagement de la caution. Même solidaire la caution n'est tenue, selon les articles 2013 et 2036 du code civil et selon les dispositions voisines des droits étrangers, que, dans la mesure où le débiteur principal est lui-même obligé, ce qui lui permet, en principe, de tenir en échec les poursuites du créancier en se prévalant des exceptions dont dispose le débiteur principal. Rationnelle, imposée, semble-t-il, par l'équité, la solution est pourtant considérée dans la pratique comme inacceptable, parce qu'elle ouvre à la caution le moyen de contester son obligation et de gagner du temps, soit à sa propre initiative, soit, plus souvent, sous la pression du débiteur principal. La sûreté s'en trouve considérablement affaiblie

On s'est, dès lors, orienté vers une formule de garantie autonome, le garant s'obligeant envers le bénéficiaire, à des conditions qui sont, juridiquement, indépendantes de l'opération principale (contrat commercial). Cette, garantie consentie par une banque, ou un établissement assimilé ou une société d'assurance est dénommée garantie contractuelle ou garantie abstraite".

(1) A. Weill et f. Terré, Droit civil, les obligations, Ed. Dalloz, 1980, p. 1098 Article 1276 C Civ Français

وهو المناب لديه (Le delegataire). وبذلك يتسنى للمنيب الوفاء بالتزام في ذمته للمناب لديه بواسطة المناب الذى عادة ما يكون مدينا له.

وقد تتفق أطراف الإنابة على تجديد دين المنيب للمناب لديه عن طريق تغيير المدين^٢، وتعرف الإنابة في هذه الحالة بالإنابة الكاملة (delegation parfaite)، أما إذا لم تتضمن الإنابة تجديدا بتغيير المدين، وبقي المنيب مدينا للمناب لديه إلى جانب المناب، فإنه يصبح للمناب لديه مدينان أى المنيب وهو المدين الأصلي والمناب وهو المدين الجديد، وتعرف هذه الإنابة بالإنابة القاصرة (delegation imparfaite). وإذا كانت الإنابة الكاملة قد أبرأت ذمة المنيب نحو المناب لديه عن طريق التجديد فإن الإنابة القاصرة لا تبرئ ذمة المنيب نحو المناب لديه وإنما تضيف مدينا جديدا بجانب المدين الأصلي، بحيث يبقى المنيب مدينا للمناب لديه، ولا تبرأ ذمته إلا إذا وفى المناب الالتزام الجديد الذى فى ذمته للمناب لديه، أو إذا وفى المنيب نفسه للمناب لديه الدين الأصلي الذى فى ذمته، وبمجرد أن يقوم أحد المدينين بالوفاء للمناب لديه تبرأ ذمة الآخر.

ويمكن للمناب لديه أن يطالب أيا من المدينين - المنيب أو المناب - بوفاء قيمة الدين دون أن يلتزم بترتيب معين فى رجوعه.

(٢) الفصل ٣٦٥ من مجلة الالتزامات والعقود التونسية.

المادة ١/٣٦٥ من التقنين المدني المصرى: «إذا اتفق المتعاقدون فى الإنابة على أن يستبدلوا بالتزام سابق التزاما جديدا، كانت هذه الإنابة تجديدا للالتزام بتغيير المدين، و يترتب عليها أن تبرأ ذمة المنيب قبل المناب لديه على أن يكون الالتزام الجديد الذى ارتضاه المناب صحيحا، وألا يكون المناب معسرا وقت الإنابة».

أما في الإنابة الكاملة، فإنه لما كانت ترتب تجديد الدين وبراءة ذمة المدين الأصلي - المنيب - فإنها تتطلب عملاً بتقنين العديد من البلدان اتفاق الأطراف بشكل صريح، فالتجديد لا يفترض في الإنابة^١.

ويترتب على الإنابة الكاملة عدم تمكين المدين بالدين الجديد، أي المناب الملتمز بالدين الجديد، عند رجوع المناب لديه عليه، من أن يحتج على هذا الدائن الجديد بالدفع التي كان له أن يحتج بها على المنيب في الدين الذي كان للمنيب في ذمة المناب، وذلك لأنه لا وجود لأي علاقة بين هذا الدين الذي كان في ذمة المناب لفائدة المنيب وبين الالتزام الجديد الذي أنشأ ديناً جديداً في ذمة المناب لديه، ولهذا يعتبر الالتزام الجديد التزاماً مجرداً (obligation abstraite) بالنسبة إلى الالتزام الذي كان في ذمة المناب للمنيب^١.

(1) Article 1275 C. Civ. Français : "la délégation par laquelle un débiteur donne au créancier un autre débiteur qui s'oblige envers le créancier n'opère point de novation, si le créancier n'a expressément déclaré qu'il entendait décharger son débiteur qui a fait la délégation"

Article 1277 C. Civ. Français : "la simple indication faite, par le débiteur, d'une personne qui doit payer à sa place n'opère point de novation.

Il en est de même de la simple indication faite par le créancier d'une personne qui doit recevoir pour lui"

المادة ١/٣٦٠ من التقنين المدني المصري: «ومع ذلك لا يفترض التجديد في الإنابة، فإذا لم يكن هناك اتفاق على التجديد، قام الالتزام الجديد إلى جانب الالتزام الأول».

الفصل ٣٦٣ من مجلة الالتزامات والعقود التونسية.

(١) عبدالرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، نظرية الالتزام بوجه عام، الجزء ٣، دار إحياء التراث العربي، ١٩٥٨، ص ٨٦٦.

A. Weill et f. Tarre, op. cit. p. 1101.

Article 1276 C. civ. Français.

المادة ٣٦١ من التقنين المدني المصري: «يكون التزام المناب قبل المناب لديه صحيحاً، ولو كان التزامه قبل المنيب باطلاً أو كان هذا الالتزام خاضعاً لدفع من الدفع، ولا يبقى للمناب إلا حق الرجوع على المنيب، كل هذا ما لم يوجد اتفاق يقضي بغيره».

الفصل ٣٦٥ من مجلة الالتزامات والعقود التونسية.

وقد رتب الفقه والقضاء في بعض البلدان هذا الأثر التجريدي على الإنابة القاصرة أيضا، وذلك بناء على عمومية النص الوارد في هذا الشأن^١.

وانطلاقا من هذه القواعد العامة للإنابة ذهب بعض الفقهاء^٢ إلى القول بأن أساس التزام البنك يكمن في الإنابة حيث يعتبر البنك نائبا عن العميل عند اصداره لخطاب الضمان.

فالعميل عندما يريد تقديم عطاء أو التعاقد مع جهة إدارية، فإنه يلتزم بتقديم تأمين نقدي لهذه الجهة، وذلك لضمان جدية عطاءه أو حسن تنفيذه للالتزام الأصلي، إلا أن النظام قد استعاض عن هذا التأمين النقدي بتقديم مدين آخر يلتزم بوفاء مبلغ محدد من النقود، وإذا قبلت الجهة المستفيدة بالالتزام البنك أصبح العقد إنابة وأنشأ التزاما أصليا ومباشرا في ذمة البنك ومستقلا عن التزام العميل.

فهذا الالتزام يتسم بالتجريد ولا يتأثر بالعلاقة الموجودة بين البنك (المناب) والعميل (النيب) و يترتب على ذلك أنه يمكن للبنك (المناب) التمسك بالدفع التي

1 - Article 1276 C. civ. Français.

المادة ٣٦١ من التقنين المدني المصري.

عبدالرزاق السنهوري، مرجع سابق ص ٨٧٠ و ٨٧١ و ٨٧٢.

A. Weill et F. Terre, op. cit. p. 1101.

Reg. 7 mars 1855, DP. 1855 p. 107, S 1855, I, p. 577, Les Grands arrêts de la jurisprudence.

civ, no 161, civ. 26 janvier 1960, Bull. civ. 1960, I, no 55, p 44.

و يبدو أن المشرع التونسي لم يسلك نفس المسلك، بل قصر الأثر التجريدي على الإنابة الكاملة، فقد ورد بنص الفصل ٢٣٤ من مجلة الالتزامات والعقود أنه يمكن للمدين المناب أن يدفع ضد الدائن المناب لديه بكل الدفع التي تكون له ضد الدائن النيب، حتى ولو كانت هذه الدفع شخصية لهذا الأخير.

(٢) انظر في هذا الشأن سميحة القليوبي، مرجع سابق ص ٦٨. والتي ذكرت زكي الشيبني وفاروق غلاب: مؤتمر المحامين العرب السادس، ١٩٦١ وعبدالمعظم حسني: الحجز الإداري علما وعملًا، ١٩٦٧ - ١٩٦٨، ص ٣٨٩ وما بعدها.

تكون للعميل (المنيب) في مواجهة الجهة المستفيدة (المناب لديه) ولكن لا يمكن له أن يتمسك في مواجهة المستفيد بدفعه قبل العميل^١.

وتبعا لهذا التجريد، فإنه لا يكون للبنك المصدر لخطاب الضمان، عند تقديم طلب من المستفيد للوفاء بقيمته، أن يرفض التسديد وأن يدفع بأي منازعة يكون أساسها العقد الأصلي بين الجهة المستفيدة والعميل وتعلق باستحقاق الجهة الإدارية لاقتضاء قيمة خطاب الضمان، بل يتعين على البنك تسديد ما رتبه خطاب الضمان في ذمته من التزام أصلي ومباشر ومستقل دون الأخذ في الاعتبار علاقة العميل بالمستفيد، وحتى معارضة العميل.

ومن الواضح أنه يمكن لفكرة الإنابة أن تفسر تجريد التزام البنك إلا أنه لا يمكنها تفسير التزام البنك الناشئ عن خطاب الضمان، ذلك للأسباب التالية:

١ - يقتضي عقد الإنابة توافر إرادة كل الأطراف - المنيب، والمناب، والمناب لديه -، فعقد الإنابة ينقصد بين المناب والمناب لديه، بينما يصدر خطاب الضمان من البنك بناء على طلب العميل ودون تدخل من المستفيد، ثم إن التزام البنك التزام أصيل، ولا يعتبر البنك نائبا ولا وكيلا عن عميله.

٢ - إذا أخذنا بالإنابة القاصرة، يكون العميل (المنيب) مدينا الى جانب البنك (المناب) بحيث يكون للمستفيد مدينان، وهذا غير صحيح في حالة إصدار خطاب الضمان، فالبنك هو المدين الوحيد للمستفيد بقيمة خطاب الضمان وذلك خلال مدة سريانه، فلا يمكن للمستفيد أن يطالب بقيمة خطاب الضمان من غير البنك.

(١) تجدر الإشارة إلى أن أثر التجريد، وإن كان بالإمكان تطبيقه بالنسبة للإنابة الكاملة والإنابة القاصرة على حد السوى في نطاق القانون الفرنسي والقانون المصري، فإنه لا يمكن تطبيقه بالنسبة للإنابة القاصرة في القانون التونسي حيث قضى الفصل ٢٣٤ من مجلة الالتزامات والعقود بتمكين المناب من التمسك ضد المناب لديه بالدفع التي تكون له ضد المنيب (انظر ماسبق ص ١٤٦، هامش ١).

٣ - يمكن، في الإنابة، للبنك (المناب) أن يدفع في مواجهة المستفيد المناب لديه بالدفع التي تكون للعميل (المنيب) في مواجهة المستفيد، وهذا غير صحيح في حالة اصدار خطاب الضمان، فال التزام البنك مستقل وقطعي ومجرد، فهو يلتزم بدفع قيمة خطاب الضمان لدى أول طلب يصله من المستفيد وحتى في حالة معارضة العميل.

٤ - في الإنابة القاصرة، وفي حالة وفاء المناب لقيمة الدين للمناب لديه، فإنه يمكن للمناب أن يرجع على المنيب بما تم دفعه على أساس الوكالة إن وجد اتفاق يقضي بذلك، أو على أساس الفضالة إذا توافرت شروطها أو على أساس نظرية الإثراء بلا سبب، بينما في حالة وفاء البنك بقيمة خطاب الضمان فإنه يمكنه الرجوع على العميل على أساس الشروط التي تضمنها الطلب الذي تقدم به العميل للبنك لإصدار خطاب الضمان.

وهكذا نتبين أن فكرة الإنابة لا يمكن لها أن تفسر كل جوانب الأساس القانوني لالتزام البنك الناشئ عن خطاب الضمان، ومن ثم فإنه يتعين علينا البحث عن هذا الأساس خارج فكرة الإنابة، مما يجزنا الى النظر في فكرة الاشتراط لمصلحة الغير.

الفرع الثالث

مدى صلاحية فكرة الاشتراط لمصلحة الغير لتفسير

الآثار القانونية المترتبة على خطاب الضمان

الاشتراط لمصلحة الغير (La stipulation pour autrui) هو تصرف قانوني يشترط

بموجبه شخص ويعرف المشتراط (Le stiputant) على شخص آخر و يسمى المتعهد

(Le promettant) أن يؤدي إلى شخص ثالث أجنبي عن هذا التصرف القانوني و يعرف بالمنتفع أو المستفيد (Le beneciaire) حقا معينا^١.

وجاء الاشتراط لمصلحة الغير كاستثناء لقاعدة نسبية أثر العقد المنصوص عليها في العديد من التقنيات^٢.

وقد تعددت صور تطبيق الإشتراط لمصلحة الغير برغم قصور بعض التقنيات المدنية فيما يخص الأحكام العامة المتعلقة بشروط الإشتراط لمصلحة الغير والآثار المترتبة عليه^٣.

ولا يسعنا في هذا المجال إلا أن نذكر أهم خصائص قاعدة الإشتراط لمصلحة الغير والتي تتمثل في أن يتعاقد المشتري باسمه لا باسم المنتفع، و يبقى المستفيد أجنبيا عن العقد حتى بعد قبوله للإشتراط، كما أنه لا يمكن للمشتري أن ينقض المشاركة، وتكون

(١) انظر بشأن الإشتراط لمصلحة الغير: عبدالرزاق السنهوري، الوجيز في شرح القانون المدني: نظرية الإلتزام بوجه عام، دار النهضة العربية، ١٩٦٦م، ص ٢١٩ وما بعدها.
- عبدالفتاح عبدالباقي، موسوعة القانون المدني المصري، نظرية العقد والإدارة المنفردة، دراسة معمقة ومقارنة بالفقه الإسلامي، ١٩٨٤م، ص ٥٨٩ وما بعدها.

A. Weill et f. Terré, op. cit. p. 610 et S.

(2) Article 1565 C. Civ. Français: "Les conventions n'ont d'effets qu'entre les parties contractantes, elles ne nuisent point aux tiers, elles ne leur profitent que dans les cas prévus par l'article 1121"

الفصل ٢٤٠ من مجلة الالتزامات والعقود التونسية.

المادة ١٥٢ من التقنين المدني المصري: «لا يربط العقد التزاما في ذمة العقد ولكن يجوز أن يكسبه حقا».

وتجدر الإشارة إلى أن الاستثناء التعلق باكتساب الحق جاء مطلقا في القانون المصري، بينما قيده المشرع الفرنسي بالمادة «٢» وقيده المشرع التونسي بالحالات التي يقضي بها نص صريح.

(٣) وإن وضع المشرع المصري أحيانا متكاملة لضبط شروط الإشتراط لمصلحة الغير وآثاره القانونية (المواد ١٥٤ - ١٥٦)، جعلت التقنين المدني المصري يأخذ بآخر مراحل التطور لقاعدة الإشتراط لمصلحة الغير، فإن التقنين الفرنسي لازال يعاني بعض الفراغ حيث لم تورد المادة «٢» من المجلة المدنية الا الشروط المتعلقة بالإشتراط لمصلحة الغير وسكنت عن الآثار المترتبة عليه، أما التقنين المدني التونسي، فإنه لم يورد هذه الأحكام العامة.

للمشترط مصلحة مادية أو أدبية في الاشتراط ، و يتميز أيضا الاشتراط لمصلحة الغير بأن إرادة الطرفين في العقد تنجبه إلى منح المنتفع حقا مباشرا .

وتبرز أهم الآثار المترتبة على الاشتراط لمصلحة الغير في مجال العلاقات المتولدة عن هذه العملية ، فبالنسبة للعلاقة بين المشتري والمتعهد ، فيحكمها عقد الاشتراط ، فللمتعهد أن يطالب المشتري بأداء التزاماته المتولدة على عقد الاشتراط ، وللمشتري بدوره أن يطالب المتعهد بالوفاء بالتزاماته طبقا لما ورد بهذا العقد . أما بالنسبة للعلاقة بين المشتري والمنتفع ، فإن العقد لا يجمع بينهما ، فأساس الاشتراط رابطة مادية أو معنوية بينهما جعلت المشتري يتفق مع المتعهد على أن يلتزم بأداء الحق للمنتفع . وأخيرا بالنسبة للعلاقة بين المتعهد والمنتفع فإن هذا الأخير يعتبر من الغير بالنسبة إلى عقد الاشتراط ، ومع ذلك ، فإن الاشتراط يثبت للمنتفع في مواجهة المتعهد حقا شخصيا ومباشرا وخصوصا به ، ومن ثم فإن المنتفع لا يخضع ، بالنسبة لهذا الحق الذي تلقاه من عقد الاشتراط لمزاحمة دائني المشتري ، أما بالنسبة للمتعهد فإن المنتفع يخضع لمزاحمة دائنيه ، كما يمكن للمتعهد ، عند مطالبة المستفيد بحقه المشتري له ضده ، أن يتمسك في مواجهته بكل الدفع المستمدة من عقد الاشتراط^١ ، كأن يتمسك ببطالان العقد أو إبطاله ، أو أن يطلب فسخه أو أن يطالب بعدم تنفيذ التزاماته حتى تؤدي الالتزامات التي يفرضها عقد المشاركة على المشتري ، وأخيرا يلتزم المتعهد في حدود ما جاء في عقد الاشتراط ، فحق المنتفع مقيد بذلك .

وانطلاقا من هذه المميزات ذهب بعض الفقهاء الى القول بأن الأساس القانوني لخطاب الضمان يكمن في عقد الاشتراط لمصلحة الغير^٢ ، فالعميل (وهو المشتري) يتعاقد

(١) المادة ١٥٤/٢ من التقنين المدني المصري : «و يكون هذا المتعهد أن يتمسك بالدفع التي تنشأ عن العقد» .

(٢) انظر سميحة القليوبي مرجع سابق ، وما أشارت إليه ص ٧٧ .

مع البنك (وهو المتعهد) على إنشاء حق مباشر للجهة الإدارية (وهي المنتفع) يلتزم البنك بوفائه.

وطبقا للقواعد المطبقة في عقد الاشتراط يمكن للمتعهد أن يتمسك بكل الدفع المستمدة من عقد الاشتراط، وعلى عكس ذلك فإن التزام البنك بموجب خطاب الضمان يتميز بالتجريد، حيث تتضمن صيغة هذا الالتزام تعهد البنك بدفع مبلغ معين من النقود لدى أول طلب من المستفيد، وقد أصبحت هذه الصيغة من سمات خطاب الضمان المتعارف عليها بين كل البنوك، ومن ثم فقد أصبحت عرفا مستقرا، فأساس التجريد في خطاب الضمان العرف، والعرف مصدر هام من مصادر قانون المعاملات التجارية بشكل عام، والمعاملات البنكية بشكل خاص.

ومن هنا نتبين أن أصحاب هذا الرأي لم يأخذوا بالاشتراط لمصلحة الغير لتأسيس صفة التجريد في خطاب الضمان، وانما ذهبوا إلى الأخذ بالعرف.

وقد يؤخذ على هذا الأساس عدم امكانية تطبيق القاعدة التي تمنح المشترط حق نقص اشتراطه ما لم يظهر المنتفع رغبته في ذلك، فهذا الحق لا يمكن أن يكون للبنك مصدر خطاب الضمان، سواء أظهر المستفيد رغبته في ذلك أو لم يظهرها، فالمستفيد يستمد حقه المباشر والمستقل من خطاب الضمان ولا من الاتفاق المبرم بين العميل والبنك، ومن ثم فإنه لا يجوز للبنك أن يسحب تعهده بعد وصوله إلى علم الجهة المستفيدة منه، ونكتفي في هذا المجال بالوصول إلى علم المستفيد.

وهكذا نتبين أيضا أن فكرة الاشتراط لمصلحة الغير لا تكفي لتفسير كل جوانب الأساس القانوني لالتزام البنك الناشيء عن خطاب الضمان، ويتعين علينا البحث عن هذا الأساس خارج فكرة الاشتراط لمصلحة الغير أيضا، مما يدعونا إلى النظر في فكرة الإدارة المنفردة.

الفرع الرابع

مدى صلاحية فكرة الالتزام بالإرادة المنفردة

لتفسير الآثار القانونية المترتبة على خطاب الضمان

الالتزام بالإرادة المنفردة^١ (Engagement par vllinte Unilaterale) هي تصرف قانوني ينشيء التزاما في ذمة شخص واحد وإرادة منفردة تصدر من جانبه فقط، دون حاجة أن تتطابق أو تتوافق مع إرادة أخرى.

ومن المسلم به أن يمكن للإرادة المنفردة أن ترتب آثارا قانونية في العديد من المجالات، كأن تصحح العقد القابل للإبطال بالإجازة، أو أن تكسب حقا عينيا كما هي الحال في الوصية، أو أن تنهي عقدا كما هي الحال في الرجوع في الهبة أو إنهاء الوكالة.

إلا أن التساؤل لازال قائما فيما يتعلق بدور الإرادة المنفردة في إنشاء الالتزام ويمدى إمكانية اعتبارها مصدرا له.

تنازعت هذا التساؤل مدرستان: المدرسة الفرنسية والمدرسة الألمانية. تعرف المدرسة الأولى بأنها تقليدية، حيث ترى في الالتزام رابطة تجمع بين إدارتين، فلا يمكن للإرادة المنفردة أن تنشئ الالتزام، وقد أخذ التقنين المدني الفرنسي بهذه الفكرة، ولم

(1) Carbonnier, droit civil, les obligations, 6e Ed 1966, S et s - Marty et Raynaud, Droit civil, tome 2, 1er Volume, 1962 No 19 - Mazeaud, Leçons de droit civil, Tome 2, 1er Volume, obligations, Théorie generale, 1978, p. 328 et S.

عبدالفتاح عبدالباقى، مرجع سابق، ص ٦٧٦.

وتجدر الإشارة إلى أنه يجب أن نفرق بين الالتزام بالإرادة المنفردة الذى يتم بإرادة واحدة والعقد الملزِم لجانب واحد الذى يتعقد بتطابق إرادتين ولكنه لا ينشئ التزامات إلا على طرف واحد.

يورد فكرة الالتزام بالإرادة المنفردة، وحاول الاجتهاد من جانبه أن يجد تأسيس التصرفات القانونية في طاق الجمع بين إرادتين.

أما المدرسة الألمانية، وتعرف بأنها حديثة، فهي ترى أنه ليس هناك ما يمنع انشاء الالتزام بإرادة منفردة، وقد أخذ التقنين المدني الألماني بهذا الاتجاه، إلا أنه لم يترك باب الرجوع إلى الإرادة المنفردة مفتوحا على مصراعيه، بل وضع لها قيودا، بحيث لا يمكن أن تكون الإرادة المنفردة مصدرا عاما ومطلقا لإنشاء الالتزامات، وإنما مصدر محدود واستثنائي، فالإرادة المنفردة لا تنشيء الالتزامات إلا في الحالات الاستثنائية التي يحددها القانون وينص عليها^١.

ولا نعتقد أن فكرة الأخذ بالإرادة المنفردة حديثة ولا جديدة، فقد جاء بها الفقه الإسلامي بالاستناد إلى قوله تعالى (ولن جاء به حل بعير وأنا به زعيم)^٢.

وقد أخذت بعض التقنيات العربية بهذه الفكرة، فقد خصص التقنين المدني المصري الفصل الثاني من الباب الأول - المخصص لمصادر الالتزام - للإرادة المنفردة، وبالرغم من ذلك فإنه يبدو أن المشرع المصري لم يذهب إلى اعتبار الإرادة المنفردة مصدرا مطلقا للالتزام وإنما هي مصدر استثنائي، يحدد حالاتها القانون، فقد ورد هذه الاتجاه بشكل صريح في الأعمال التحضيرية^٣، ومن جهة أخرى فإن الفصل الثاني المخصص للإرادة المنفردة لم يتضمن إلا مادة واحدة تعالج الوعد بجائزة للجمهور.

(١) وقد قضت بهذا الاستثناء المادة ٣٠٥ من التقنين المدني الألماني حيث ورد بها: «يكون إنشاء الالتزام عن طريق التصرف القانوني بموجب عقد، إلا في الحالات التي ينص فيها القانون على خلاف ذلك».

Article 305 du code civil allemand, cité par Mazeaud, op. cit, p. 335: "A moins de dispositions contraires à la loi, un contrat entre les parties intéressées est nécessaire pour l'établissement d'une obligation par acte juridique, ainsi que pour le changement de son contenu".

(٢) سورة يوسف، الآية ٧٢

(٣) ورد بالأعمال التحضيرية للتقنين المدني المصري: «وقد حذفت المادة ٢٢٨ عدولا عن وضع قاعدة عامة تجعل الإرادة المنفردة ملزمة، واكتفاء بالحالات المنصوص عليها في القانون من أن الإرادة المنفردة تنشيء التزاما»، نقلا عن عبدالفتاح عبدالباقي، مرجع سابق ص ٦٨١.

وكذلك الوضع بالنسبة للمشرع التونسي ، فإنه لم يتجه إلى الأخذ بالإرادة المنفردة كمصدر مطلق للالتزام ، وذلك بالرغم من أنه قد يفهم من نص المادة الأولى من مجلة الالتزامات والعقود أنه اعتبرها مصدرا مطلقا ، حيث ورد تعداد الإرادة المنفردة من ضمن مصادر الالتزام ، فبالرجوع إلى الفقرة الأولى من القسم الثاني من الباب الأول من العنوان الثاني من مجلة الالتزامات والعقود والمخصص للإرادة المنفردة^١ ، نلاحظ أن هذه الفقرة تضمنت أساسا أحكاما متعلقة بالوعد بالجائزة وتبين أن المشرع التونسي لم يأخذ بالإرادة المنفردة كمصدر مطلق .

ومن هذا المنطلق ذهب بعض الفقهاء^٢ إلى تأسيس خطاب الضمان على فكرة الالتزام بالإرادة المنفردة ، فالبنك يتعهد ويمجرد إرادته المنفردة بدفع مبلغا معينا من النقود للمستفيد من خطاب الضمان عند أول طلب يتقدم به ، وذلك حتى في حالة معارضة طالب إصدار خطاب الضمان . وقد وردت أحكام خاصة بخطاب الضمان ، ففي المملكة العربية السعودية وردت هذه الأحكام في نظام تأمين مشتريات الحكومة وفي اللائحة التنفيذية وفي قرارات وزير المالية والاقتصاد الوطني وفي تعاميم مؤسسة النقد العربي السعودي ، كما جاءت أحكام مماثلة في قوانين بعض الدول الأخرى .

ومن صيغة تعهد البنك الواردة طبقا لهذه الأحكام الخاصة ، يتضح أن خطاب الضمان لا يعتبر عقدا بينه وبين المستفيد ، ويكمن أساس مطالبة المستفيد للبنك في التزام البنك الذي أنشأته إرادته المنفردة استنادا الى النصوص القانونية التي حددت أحكامه وصيغته .

كما يتضح أن خطاب الضمان لا يعتبر عقدا بين البنك والعميل حيث لا دخل لإرادة العميل فيه ، فالعقد الذي أبرم بين البنك والعميل يتمثل في طلب العميل لإصدار خطاب الضمان ، وموافقة البنك على هذا الطلب .

(١) الفصول ١٨ ، ١٩ ، ٢٠ ، ٢١ ، ٢٢ ، من مجلة الالتزامات والعقود التونسية .

(٢) انظر في هذا الشأن سميحة القليوبي ، مرجع سابق ، ص ٨٥ .

وبناء على هذا الالتزام الناشئ في ذمة البنك عن إرادته المنفردة، فإنه يمكن القول بأنه لا يشترط لتأكيد حق المستفيد في علاقته بالبنك قبوله لخطاب الضمان، وإنما يكفي بوصوله إلى علمه، فالالتزام بالبنك بات ونهائي منذ إصداره ووصوله إلى علم المستفيد. وهكذا يكون التزام البنك بالتزاماً أصيلاً ومستقلاً، بحيث لا يمكن للبنك أن يتمسك في مواجهة المستفيد بالدفع التي تكون للعميل في قبل المستفيد والمستمدة من العلاقة الأصلية التي تربط بينهما.

و يبدو أن في هذا التأسيس القانوني لخطاب الضمان ما يكفي لتفسير الآثار القانونية المترتبة عليه، فإرادة البنك المنفردة تنشئ بينه وبين المستفيد علاقة مستقلة عن العلاقة الأصلية ومجردة.

وإذا لم يكن من طبيعة الإرادة المنفردة ولا من خصائصها أن تولد التزاماً مجرداً، فإنه ليس هناك ما يحول دون أن يكون الالتزام الناشئ عن الإرادة المنفردة إلتزاماً مجرداً.

وإن كنا لا ننكر أن فكرة الإرادة المنفردة تصلح لتفسير العديد من التصرفات القانونية، فإننا نذهب إلى القول بأنه قد تؤخذ عليها بعض المآخذ في مجال خطاب الضمان.

فمن ناحية أولى، إذا كان صحيحاً أن النصوص المتعلقة بتأمين مشتريات الحكومة قد أوردت بعض الأحكام الخاصة بخطاب الضمان، فإنه لا يمكن القول بأن التعامل بخطابات الضمان يقتصر على مجال المعاملات الحكومية، إذ أنه يمكن لأي شخص وأية مؤسسة تريد التعامل مع شخص آخر أن تطلب منه تقديم خطاب ضمان بصيغة وبشروط قد تختلف عن الصيغة أو الشروط الخاصة بخطابات الضمان الصادرة لفائدة جهة حكومية.

ومن جهة ثانية يؤدي اعتبار التزام البنك التزاما بالإرادة المنفردة الى تجزئه العلاقات المتشابكة والمرتبة على خطاب الضمان، وإن كان هذا الأثر لا يمثل عيبا في حد ذاته من الناحية النظرية، إلا أنه من الناحية العملية، لا ينشئ خطاب الضمان أى تعهد البنك من عدمه، وإنما يترتب على تصرفات قانونية أخرى لا يمكن تجاهلها، فخطاب الضمان عملية ثلاثية متكاملة ومتشابكة. فتعهد البنك قد أتى نتيجة طلب تقدم به العميل إلى نفس البنك وذلك مقابل عمولة وغطاء نقدي أو عيني، ثم إن الطلب الذى تقدم به العميل إلى البنك قد جاء نتيجة تقديم عطاء من العميل إلى المستفيد أو نتيجة تعاقد بين العميل والمستفيد، ثم يقضي النظام بوجوب تقديم خطاب ضمان من قبل العميل، أو يطلب ذلك المستفيد حتى يضمن جدية العطاء الذى تقدم به العميل أو حتى يضمن حسن تنفيذ الالتزام الذى تعهد به العميل، فلولا وجود خطاب الضمان لما نظر المستفيد فى عطاء العميل، ولما تعاقد معه.

ولهذين السببين الرئيسيين نرى أن فكرة الالتزام بالإرادة المنفردة، وإن كانت تكفي لتفسير جانب من العلاقات المرتبة على خطاب الضمان، فإنها لا تتسع لتفسير كل جوانب هذه العلاقة الثلاثية، ونرى أن عملية خطاب الضمان عملية خاصة متميزة عن غيرها من العمليات.

الفرع الخامس

خطاب الضمان عملية خاصة

ظهرت عملية إصدار خطاب الضمان فى العديد من البلدان كوسيلة جديدة ابتكرتها الأعراف التجارية والبنكية لسد احتياجات طرأت فى مجال الأعمال، ولتحقيق الهدف الاقتصادى من تدخل البنك فى هذا الشأن.

فالبنك عند إصداره لخطاب الضمان لا يضمن العميل في تنفيذ التزاماته قبل المستفيد، وإنما يتدخل حتى يكون العميل في غنى عن تقديم التأمين النقدي، ومن ثم يكون خطاب الضمان قد حل محل النقود في الوفاء بالتزامات العميل. وحتى يتمكن خطاب الضمان من أداء هذه الوظيفة يجب أن تتوافر في التزام البنك بعض العناصر الأساسية والمتمثلة في أن يكون التزام البنك مستقلا بحيث تكون لخطاب الضمان كفايته الذاتية، وفي أن يكون الدين الثابت به مستحقا من تاريخ وصوله إلى علم المستفيد^١، وتترتب على هذه العناصر آثار تتعلق بحق الرجوع في حالة تسديد قيمة خطاب الضمان.

أولا - استقلال التزام البنك وكفاية خطاب الضمان الذاتية.

يكون التزام البنك في خطاب الضمان مستقلا عندما يكون منفصلا عن كل علاقة أخرى غير علاقة البنك بالمستفيد، وبعبارة أخرى عندما يكون تعهده مجردا. فبموجب خطاب الضمان يتعهد البنك بدفع مبلغ محدد أو قابل للتحديد من النقود لدى أول طلب من المستفيد وحتى في حالة معارضة العميل، فهذا التعهد هو منقطع الصلة بكيفية تنفيذ العميل لالتزاماته قبل المستفيد. وتستنتج هذه الاستقلالية من صيغة تعهد البنك التي يتضمنها خطاب الضمان، أما إذا جاءت عبارة هذا التعهد غامضة، وفي حالة اختلاف الأطراف على مفهومها، فيرجع تفسيرها لقاضي الأصل.

وفي هذا الشأن أثارت صياغة تعهد البنك الفرنسي الروماني والبنك القومى بباريس نزاعا أمام المحكمة التجارية بباريس ثم أمام محكمة الاستئناف بباريس^٢.

(١) على جمال الدين عوض، عمليات البنوك من الوجهة القانونية، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٨١م، ص ٤٩٩ و

ص ٥٠٠

(2) Trib. de com. de Paris (2e ch.) du 22 Juillet 1981, et CA de Paris, 24 novembre 1981, D. 1982 p. 296, Note M. Vasseur.

وتتمثل وقائع هذه القضية في أن الشركة «داكوماكس» الفرنسية وتحت اشراف روماني، تعهدت بموجب ثلاثة عقود أبرمت بتاريخ ١٤ أكتوبر ١٩٨٠م بأن تورّد للشركة «أوبنتر» الفرنسية اسمنت وحديد من أصل روماني، وهذه الأخيرة ستقوم ببيع هذه البضاعة لمصر.

وبطلب من البائع أصدر البنك الفرنسي الروماني والبنك القومي بباريس ضمانا لفائدة المشتري يتضمن الصيغة التالية: «يطلب من داكوماكس (البائع) ... نضمن ضمانا غير قابل للنقص بدفع لأوبنتر (المشتري) مبلغ ٤٢٠٠٠٠ فرنك فرنسي لدى أول طلب من المستفيد يثبت أن البائع لم ينفذ التزاماته طبقا لما ورد بالعقد الأصلية...»^١.

وإن نفذ البائع جانبا من العقدين المتعلقين بتوريد الاسمنت، فإنه لم ينفذ العقد المتعلق بتوريد الحديد، ويرجع كل طرف من طرفي العقد أسباب التقصير في التنفيذ إلى الطرف الآخر.

وعلى أثر هذا التقصير في تنفيذ العقود، صادر المشتري خطاب الضمان بتاريخ ١٢ جانفي ١٩٨١م، وكرر الطلب بتاريخ ٢٩ من نفس الشهر.

وتقدم من جانبه البائع وبموجب شرط تضمنته العقود الأصلية بدعوى تحكيم إلى الغرفة التجارية الدولية يبين فيها أن أسباب عدم تنفيذه لالتزاماته ترجع إلى عدم تنفيذ المشتري لالتزاماته.

(1) " Nous garantissons de payer à Opinter 420000 f Français irrévocablement et à la première demande justifiée confirmant que Dacomax n'a pas exécuté ses obligations conformément aux contrats "

وفي نفس الوقت رفع البائع دعوى مستعجلة أمام المحكمة التجارية بباريس وطلب منها أن تأمر بوضع قيمة الضمان تحت الحراسة القضائية (sous sequestre)، إلا أن محكمة باريس رفضت هذا الطلب بتاريخ ٦ فيفري ١٩٨١م.

وعند علم البنكين برفع دعوى التحكيم، اتخذوا قرارا بعدم تنفيذ التزامهما المتعلق بالضمان إلى حين البت في دعوى التحكيم.

وأمام هذا الوضع، رفع المشتري دعوى على البنكين أمام المحكمة التجارية بباريس مطالبا بدفع قيمة خطاب الضمان، إلا أنها رفضت هذا الطلب بتاريخ ٢٢ جويلية ١٩٨١، مسببة هذا الرفض كالآتي: «إذا كان طلب المشتري مؤسسا، فليس هناك ما يثبت، بشكل يمكن المحكمة من ملاحظته، أن أسباب عدم تنفيذ الالتزامات يرجع إلى البائع داكوماكس^١».

واستأنف المشتري هذا الحكم أمام محكمة الاستئناف بباريس التي كان عليها أن تبين نوع هذا الضمان ومفهوم صيغته انطلاقا من العبارة التي تضمنها خطاب الضمان والمعروضة عليها، والحال أن البائع والبنكين الذين أصدروا خطاب الضمان يدعون أن عبارة «طلب مسبب» (demande justifiée) تعني أن دفع الضمان متوقف على وجوب إثبات أن البائع لم ينفذ التزاماته، ثم إنه ليس للبنك امكانية تحديد ما إذا كان البائع قصر في تنفيذ التزاماته أم لم يقصر، وبما أن البائع قد رفع دعوى أمام هيئة تحكيم من أجل تحديد المتسبب في التقصير، لذلك فإنه يتعين على الأطراف انتظاركم هذه الهيئة، والقضاء بذلك ومن ثم تأييد ماذهب إليه محكمة الابتداء.

(١) وقد سبق للمحكمة التجارية بباريس أن قضت في نفس الاتجاه في حكمها المؤرخ في ٢٤ مارس ١٩٨١م في نزاع بين

داس وأندوسوايز (Kesse contre Indo - Suez).

انظر دالوز ١٩٨١، ص ٤٨٢، ملاحظات فاسور (Vasseur).

وذهب من جانبه المشتري الى القول بوجوب التقيد بنص خطاب الضمان ككل ودون تجرئة عباراته . فتعهد البنك الوارد بالصيغة التي تضمنها خطاب الضمان ، تجعل من الضمان ضمانا غير قابل للنقض ولدى أو طلب ، فعبارة «طلب مثبت» بهذا المفهوم تعني أنه يتعين على المشتري ، عند طلبه للضمان ، أن يقدم طلبا مفصلا ومعللا (demande circonstanciée) .

وأمام هذين التفسيرين - الأول للمدعى عليه والثاني للمدعى - أوردت محكمة الاستئناف بباريس تفرقة بين نوعين من الضمان لدى أول طلب : يتعلق النوع الأول بالضمان الذي يجب أن يدفع بمجرد الطلب ، ويدخل ضمن هذا النوع الضمان الذي يتطلب من المستفيد تقديم بعض الاستفسارات أو بعض التبريرات ، وليس للبنك تقدير ما قدمه المستفيد . ويتعلق النوع الثاني بالضمان الذي يتطلب تقديم مستندات معينة ومحددة أو حكم قضائي أو قرار محكم ، كما هو الشأن في الضمان المستندي ، وفي هذه الحالة ، يتوقف تنفيذ الضمان على أن يقدم المستفيد ما يثبت وبموجب حكم قاض أو محكم بأن الطرف الثاني لم ينفذ التزاماته طبقا لما ورد بالعقد الأصلي^١ .

وقد جاءت هذه التفرقة بعد أن بينت محكمة الاستئناف الهدف من الضمان لدى أول طلب والمتمثل أساسا في تمكين المستفيد من المطالبة في أسرع وقت وبأقل الإجراءات الشكلية والأصلية^٢ .

(1) " qu'en effet, il existe une grande différence, parmi les clauses connues de la pratique, entre d'une part, celles qui sont stipulées "à première demande" sans autre précision et doivent être exécutées sans autre examen ou exigence, ainsi que les clauses imposant seulement au bénéficiaire de fournir des explications à l'appui de sa demande, et, d'autre part, les clauses qui exigent la production de documents expressément désignés et en particulier une décision judiciaire ou arbitrale, subordonnant en réalité le jeu de la garantie à la preuve que, sur le fond du litige, le bénéficiaire peut se prévaloir d'une inexécution fautive de son contractant..." .

انظر فيما يتعلق بالإعتماد المستندي :

Aix en Provence, 13 mars 1980, D 1981, p. 505, Note Vasseur

(2) "Considérant que la notion même de "garantie à première demande" implique que le bénéficiaire puisse

وبناء على هذه الأسس ذهبت محكمة الاستئناف إلى القول بأن هذه العبارة تعني التزام المستفيد بتقديم طلب يبين فيه توافر شروط دفع قيمة الضمان، وليس للبنك حق تقدير ما ورد في الطلب، ومن ثم فإن محكمة الاستئناف لم تأخذ بما ذهبت إليه محكمة الابتداء بل قضت بالزام البنكين بدفع قيمة الضمان.

وقد استقر الفقه والقضاء في بعض البلدان على قاعدة استقلالية التزام البنك في مجال خطاب الضمان^١.

وكمثال لتطبيق قاعدة استقلالية التزام البنك من قبل القضاء، نورد وقائع القضية الشائكة التي قام النزاع فيها بين شركة دلبار الفرنسية، والبنك الفرنسي للتجارة الخارجية وشركة موفن الفلاحية العاملة لحساب وزارة الفلاحة الإيرانية^٢.

faire jouer cette garantie, à la fois rapidement et avec le minimum, non seulement de formalité, mais aussi de conditions de fond, que c'est dans cette perspective que de telles garanties sont demandées par l'un des contractants, et qu'elles sont accordées par l'autre, au moyen d'un ordre qu'il donne à une banque, que pour respecter la volonté des parties, la garantie ne doit pas être empêchée de jouer que dans des conditions précises et strictement énoncées dans l'engagement".

(1) Gavalda et Stoufflet, op. cit p. 12 à 14, No 14 à 16.

علي جمال الدين عوض، مرجع سابق، ص ٥٠٠

C. A Paris 29 Janvier 1981 - C.A. Riom 14 mai 1980, Trib. G. Inst. Paris, 11 Juillet 1980, D. 1981, p. 336, Note Vasseur - Trib. G. Inst Montluçon 9 janvier 1981, D 1981, p. 390, Note Vasseur.

وقد أكد القضاء المصري هذه القاعدة عدة مرات نذكر منها ما قضت به محكمة النقض المصرية في قرارها المؤرخ في ٢٠ ماي ١٩٦٩م (مجموعة أحكام النقض عدد ٢٠ ص ٨١١، مذكرة علي جمال الدين عوض، مرجع سابق، ص ٥٠١): «إن خطاب الضمان، وإن صدر تنفيذا للعقد المبرم بين البنك والمدين المتعامل معه، إلا أن علاقة البنك بالمستفيد الذي صدر خطاب الضمان لصالحه هي علاقة منفصلة عن علاقته بالعميل، إذ يلتزم البنك بمقتضى خطاب الضمان وبمجرد إصداره ووصوله إلى المستفيد بوفاء المبلغ الذي يطالبه به هذا الأخير باعتباره حقا له يحكمه خطاب الضمان مادام هو في حدود التزام البنك المدين به، ويكون على المدين (عميل البنك) أن يبدأ هوبا لشكوى إلى القضاء إذا قدر أنه غير مدين للمستفيد أو أن مديونيته لا تبرر ما حصل عليه المستفيد».

انظر أيضا قرار محكمة النقض المصرية بتاريخ ١٤ مارس ١٩٧٢م، المحامة، عدد ٥٥ ص ٨٤.

(١) وقد وقع اختيارنا على هذه القضية لحدائتها.

وصدر على أثر هذا النزاع حكم محكمة الابتداء ببولسون في ٩ جانفي ١٩٨١م.

فقد تم التعاقد بين شركة دلبار وشركة موفن لحساب وزارة الفلاحة الإيرانية. وبموجب هذا العقد تلتزم الشركة الفرنسية بتوريد أشجار مثمرة صالحة للزراعة لوزارة الفلاحة الإيرانية. وعلى أثر التقلبات السياسية التي عرفها إيران توقف تنفيذ العقد. إلا أنه بعد استقرار الوضع استؤنفت المحادثات بين الطرفين، على أثرها تم الاتفاق على أن تتنازل شركة دلبار عن كل تعويض بسبب توقف تنفيذ العقد الأصلي، وعلى الاكتفاء بتوريد جزء من عدد الأشجار المتفق عليه في العقد الأول.

وعلى أثر هذا الاتفاق قام المشتري بدفع مبلغ من قيمة الأشجار بشكل مسبق لشركة دلبار، وذلك مقابل خطاب ضمان صادر عن بنك ملي الإيراني بطلب من البنك الفرنسي للتجارة الخارجية الذي تلقى بدوره طلب شركة دلبار.

وبعد توريد جزء من الأشجار المتفق عليها، طلب المشتري إيقاف التوريد بدعوى أن الأشجار التي وصلت إلى إيران تحتوي على جرثومة العنكبوت الأحمر. وحال وصول الخبر إلى الشركة الفرنسية، انتقل مدير الشركة بمعية المهندس المعتمد لدى وزارة الفلاحة الفرنسية إلى إيران. وبعد اخذ العينات وفحصها تبين أن الأشجار خالية من كل جرثومة، ومع ذلك اقترحت الشركة الفرنسية القيام بتطبيق علاج وقائي إضافي من باب الاحتياط. إلا أن المشتري رفض كل اقتراح تقدمت به شركة دلبار. وأمام هذا الرفض، وخفاة مصادرة خطاب الضمان من قبل المشتري، رفعت الشركة الفرنسية دعوى مستعجلة وبشكل وقائي أمام محكمة الابتداء بمولوسون طالبة من القاضي أمر البنك الفرنسي للتجارة الخارجية بحسب قيمة الضمان وعدم وفائها للمستفيد.

وبتاريخ ٢٤ جانفي ١٩٨٠، قضت المحكمة بما طلبت الشركة الفرنسية. وتقدم البنك الفرنسي بعريضه أمام نفس المحكمة، وعلى أثرها قضت بتاريخ ٢ أفريل ١٩٨٠ ببطلان الأمر الموجه للبنك. وأمام هذا الموقف استأنفت شركة دلبار الحكم أمام محكمة

مولوسون التي قضت بتاريخ ١٤ ماي ١٩٨٠م بتأييد ماذهب إليه قاضي الابتداء قالت بعدم أمر حبس قيمة الضمان وبتمكين البنك من وفاء القيمة للمستفيد طبقا لما ورد في خطاب الضمان.

وإلى جانب هذه الدعوى المستعجلة، رفعت شركة دلبار دعوى في الأصل، وطلبت بفسخ العقد لخطأ من المشتري الإيراني وبالتعويض عن الضرر الذي حصل لها من جراء هذا الخطأ، كما طلبت بأمر البنك الفرنسي للتجارة الخارجية بعدم دفع قيمة الضمان.

وقضت محكمة مولوسون الابتدائية بتاريخ ٩ جانفي ١٩٨١م^١ للشركة الفرنسية فيما يتعلق بالفسخ والتعويض، لكنها لم لفائدها فيما يتعلق بأمر البنك الفرنسي للتجارة الخارجية بعدم وفاء قيمة الضمان، ولتعليل هذا الرفض، استعارت نفس العبارات التي عللت بها محكمة الاستئناف بريوم قرارها المؤرخ في ١٤ ماي ١٩٨٠ والذي جاء في نفس القضية. وقد قضت المحكمة في هذا الشأن بأن شركة دلبار قد طلبت من البنك الفرنسي للتجارة الخارجية إصدار خطاب ضمان مستقل عن العقد الأصلي، وبدوره طلب البنك الفرنسي من بنك ملي الإيراني إصدار خطاب ضمان عن عميلة لفائدة وزارة الفلاحة الإيرانية وذلك حتى يتسنى للعميل التعاقد مع المستفيد، ومن ثم فإنه يجب الأخذ بخطاب الضمان خارج كل منازعة تتعلق بالعقد الأصلي، بحيث لا يتأثر الالتزام المترتب على خطاب الضمان بفسخ العقد الأصلي حتى ولو كان بسبب خطأ المستفيد، إذ لا يمكن أن تمتد آثار خطأ المستفيد أو حتى سوء نيته المتعلقة بالعقد الأصلي إلى عقد الضمان^٢.

(١) دالوز ١٩٨١، ص ٣٩٠.

(1) Trib. G. Inst de Montluçon, 9 janvier 1981, D. 1981, p. 390, Note Vasseur "Attendu qu'en droit nous nous trouvons en présence d'engagements bilatéraux concernant successivement des parties différentes, de

وهكذا نتبين أن من خصائص خطاب الضمان ومميزاته استقلالية التزام البنك .
وتترتب على هذه القاعدة والميزة قاعدة أخرى تتمثل في الكفاية الذاتية لخطاب
الضمان والتي تؤدي إلى نتيجتين :

تتمثل الأولى في أنه لا يمكن البحث عن التزام البنك قبل المستفيد وعن مداه إلا في
الصيغة التي يتضمنها خطاب الضمان، فلا يمكن أن يتوقف التزام البنك على عنصر
خارج عن الخطاب .

وتتمثل النتيجة الثانية في أنه لا يمكن البحث عن الأسباب التي قد تدفع البنك
لعدم تنفيذ التزامه قبل المستفيد إلا في نطاق العلاقة التي انشأها خطاب الضمان .

sorte que le simple appel du Ministère de l'agriculture de l'Iran à la banque Melli doit être suivi d'effet, que celle - ci se retourne à son tour contre la Banque Française du Commerce Extérieur avec le même résultat, cette dernière se retournant alors à son tour contre la soc Delbard; que, par la volonté de la soc Delbard, a bien été passé un contrat de cautionnement particulièrement impératif, indépendant du contrat commercial de fourniture d'arbres fruitiers qu'elle a souscrit avec un autre contractant, que ce contrat doit être apprécié en lui - même et en dehors des vicissitudes pouvant grever le marché commercial, qu'il trouve sa cause dans le désir et la volonté de la société Delbard de réaliser son marché de vente d'arbres aux autorités iraniennes, ce qui eût été impossible sans la mise en place préalable des cautions à première demande exigées par le cocontractant, comme il est d'usage fréquent dans les relations internationales - Attendu qu' à cet égard, doctrine et jurisprudence se trouvent quasi - unanimes dans ce sens, comme il a été déjà expliqué et jugé dans une précédente ordonnance de rétéré du 2 avril 1980 confirmée par un arrêt de la cour de Riom du 14 mai 1980 rendu entre les mêmes parties et auquel il est fait référence, Attendu que, même si nous nous trouvons maintenant à aborder le problème au fond et non plus sur incident d'opposition à paiement, puisque désormais le contrat de vente se trouve résilié aux torts de la soc Moghan ou sa mauvaise foi ne peuvent interférer dans un contrat autre, passé entre d'autres parties

(١) عبر عن هذه القاعدة الفقهية قافلاً وستوفي (مرجع سابق ص ١٣ فقرة ١٠) بكل وضوح في قولها :

"Quelle que soit la teneur des conditions d'exécution fixée dans la garantie, elles ont un caractère limitatif. Le garant ne peut puiser en dehors du contrat des garanties des motifs de refus du paiement. L'obligation du garant ne saurait être étendue au - delà des termes de garantie ni être ramenée en-deça de ces termes"

علي جمال الدين عوض، مرجع سابق، ص ٥٠٢

C. A. Paris 29 Janvier 1981, op. cit : "Considérant que les termes (nous vous paierons à première demande de votre part .) assignent sans ambiguïté à l'engagement de la banque le caractère d'une garantie =

وقد أقر الفقه قاعدة الكفاية الذاتية والنتائج المترتبة عليها كما أكدها القضاء في بعض البلدان^١.

ويترتب على هاتين القاعدتين - استقلال التزام البنك والكفاية الذاتية لخطاب الضمان - أن التزام البنك يصبح باتاً منذ وصوله إلى علم المستفيد، ولا يمكن للبنك أن يرجع فيه مهما كانت علاقته بالعميل ومهما كانت علاقة العميل بالمستفيد، كما أنه ليس للبنك أن يتمسك في مواجهة المستفيد بدفوع مستمدة من علاقته بالعميل أو من علاقة المستفيد بالعميل، كما أنه ليس للبنك أن يخطر العميل قبل وفاء قيمة الخطاب للمستفيد، وكل هذه الآثار تجمل من خطاب الضمان عملية متميزة.

ومع ذلك، فإنه يتعين علينا أن نشير إلى أن هذه الآثار غير مطلقة، فقد ذهب الفقه إلى القول باستبعادها في حالة الغش وإساءة استعمال الحق وفي حالة انتقاء سبب خطاب الضمان وأكد هذه الاستثناءات القضاء في بعض البلدان^١.

== autonome à l'égard du contrat de base et dont le jeu dépend exclusivement des conditions exprimées dans la lettre de garantie".

C P Riom 14 mai 1980, op cit : "... En vertu de l'indépendance, par rapport à ce marché, du contrat de cautionnement à première demande conclu par la société, cette mauvaise foi ou une fraude évidente ne pourrait être recherchée ou appréciée que dans le cadre de l'exécution de ce second contrat".

نقض مصري ١٤ ماي ١٩٦٤م مجموعة النقض ١٥، ص ٦٩١ - ١٤ مارس ١٩٧٢، المحاماة ٥٥ ص ٨٤ - استئناف القاهرة ٩ فيفري ١٩٦٣، المجموعة الرسمية، السنة ٦١، ص ١١١ - القاهرة الابتدائية ٥ مايو ١٩٦٢، المحاماة، السن ٤٣ ص ٩٦٢ - استئناف القاهرة ١٢ نوفمبر ١٩٦٢، المجموعة الرسمية، السنة ٦٠ ص ١٠٢٦ والذي جافيه: «إن خطابات الضمان موضوع هذه الدعوى تضمنت انه لا يستحق مبلغ الضمان الوارد بها إلا إذا لم ينفذ العقد البرم بين الشركتين المتعاقبتين كله أو بعضه، والثابت من الأوراق أن الخلاف قائم بين طرفي الخصومة بشأن هذه الخطابات في مدى التزام البنك بما ورد فيها، وأن هذا الخلاف جدي أساسه الشروط الواردة في عقد البيع وتعليق تنفيذ الخطاب على هذه الشروط، وبذلك لا يمكن أن تقوم هذه الخطابات مقام النقود».

(نقلا عن علي جمال الدين عوض، مرجع سابق ص ٥٠٢).

ثانيا - استحقاق خطاب الضمان من تاريخ وصوله الى علم المستفيد

حتى يؤدي خطاب الضمان إحدى وظائفه الأساسية والتي من أجلها وجد في الحياة العملية، وتمثل هذه الوظيفة في أنه يحل محل التأمين التقدي، فإنه من المتحتم ان يكون مستحقا من تاريخ وصوله إلى علم المستفيد، وبالتالي فإنه من حق المستفيد أن يطالب بقيمته من هذا التاريخ، وكأن البنك قد وضع مبلغا نقديا، يمكن للمستفيد ان يتصرف فيه ابتداء من هذا التاريخ، فلو لا هذه الميزة لما قبل المستفيد بخطاب الضمان بدلا عن النقود.

و يترتب على هذه الخاصية انه لا يجوز أن يكون خطاب الضمان موقوفا على واقعة خارجة عنه، أو على تحقق شرط، أو على حلول أجل، بحيث لا يمكن للبنك أن يناقش ملائمة طلب المستفيد بالوفاء، وإنما عليه أن يدفع قيمة خطاب الضمان متى طلب ذلك المستفيد ودن أى تأخر.

وتجدر الإشارة إلى أنه في الحياة العملية، عادة لا يطلب المستفيد من البنك الوفاء بقيمة خطاب الضمان إلا إذا قدر أن ظروف علاقته بالمدين طالب إصدار خطاب الضمان تستدعي بالفعل ذلك، مع العلم بأن تقدير هذه الظروف يرجع للمستفيد وحده دون غيره، وهو حق مطلق، وعلى البنك في حالة الطلب أن يقوم بالوفاء لأنه، كانه على المستفيد، عند تعاقد مع العميل أن يطالب بتأمين نقدي عوضا عن خطاب الضمان.

هذا، وإن لم يكن للبنك أن يناقش المستفيد في طلبه، وإنما عليه أن يدفع قيمة الضمان فورا، فإنه للمدين وفي علاقته بالمستفيد أن يناقشه أو أن يعيب عليه تسرعه في المطالبة أو أن يرفع عليه دعوى.

ولهذه الأسباب، وفي إطار شروط خطاب الضمان وخصائصه المتمثلة في استقلالية التزام البنك وذاتية خطاب الضمان واستحقاقه من تاريخ وصوله إلى علم المستفيد، قد

يتولد عدد من الدعاوى بشأن مختلف العلاقات المترتبة على خطاب الضمان بشكل مباشر أو غير مباشر.

ثالثا - الدعاوى المترتبة على خطاب الضمان^١

تبين لنا من خلال ماتقدم أنه في حالة مصادرة خطاب الضمان من قبل المستفيد، يتعين على البنك الوفاء بقيمته، فهو المدين الشخصي بهذه القيمة للمستفيد، إلا أنه وإن اعتبر البنك المدين الأصلي للمستفيد، فيمكن له أن يرجع على العميل طالب إصدار خطاب الضمان على أساس العلاقة التي تربط بينهما والمستندة للشروط التي تضمنها طلب إصدار خطاب الضمان.

وقد يصادر المستفيد خطاب الضمان، بينما يكون العميل قد قام بتنفيذ التزاماته طبقا لما ورد في العقد الأصلي، وبعبارة أخرى قد لا يكون العميل مدينا له، أو قد يصادر المستفيد الضمان مستعملا الغش، فيكون للعميل حق الرجوع على المستفيد، وقد يكون للبنك هذا الحق.

وقد يزداد الأمر تعقيدا في حالة خطاب الضمان بطلب من بنك، بحيث يكون للبنك الذي قام بتسديد القيمة حق الرجوع على البنك طالب الإصدار ويكون لهذا الأخير نفس الحق بالنسبة لعميله.

١ - دوعي رجوع البنك على العميل طالب إصدار خطاب الضمان

لايثير مبدأ رجوع البنك على عميل في حالة تسديده قيمة خطاب الضمان أى شك. فعادة تتضمن الشروط التي يضعها البنك في طلب إصدار خطاب الضمان تعهدا من

(1) Gavalda et Stoufflet, op. cit, p. 20 et s.

العميل يمكن البنك من قيد قيمة الضمان في أي وقت على حسابه دون حاجة إلى إبداء الأسباب التي دعت لذلك ودون الرجوع إلى العميل أو الحصول على موافقته. كما تتضمن هذه الشروط تعهد العميل بتسديد قيمة الضمان أو جزء منها في حالة ما لم يكن حسابه لدى البنك كافيا للوفاء. ويمكن أيضا هذه الشروط البنك من بيع أية دهونات أو ممتلكات للعميل تكون في حيازة البنك دون اشعار مسبق، ومن استخدام حصيلة هذا البيع في تسويته التزامات العميل المترتبة على اتفاقية إصدار خطاب الضمان، وعلاوة على ذلك، يكون العميل مسؤولا عن أى نقص.

ولا يلتزم العميل بتسديد قيمة خطاب الضمان فقط، بل يلتزم أيضا بتسديد كل المصاريف التي يضطر البنك لدفعها من جراء هذا الضمان^١.

ومهما كان نوع هذه الشروط ومضمونها فإننا نعتقد أنه لا يمكن للبنك أن يرجع على العميل لمطالبة ماتم تسديده للمستفيد إلا في حدود شروط العقد الذي أبرم بينه وبين العميل وفي حدود الصيغة التي تضمنها خطاب الضمان، سواء فيما يتعلق بقيمة الضمان أو مدته أو غير ذلك. أما من ناحية العميل، فإنه لا يمكنه أن يدفع ضد البنك بمنعه له من الوفاء وبطلبه له بحجز قيمة خطاب الضمان، كما أنه لا يمكن للعميل أن يحتج ضد البنك بعدم تنفيذ المستفيد لالتزامه، أو بعدم مديونيته للمستفيد، وإلا فقد خطاب الضمان ميزة من أهم ميزاته والتي تتمثل في استقلالية التزام البنك قبل المستفيد.

واستثناء من هذه القاعدة العامة فإننا نذهب إلى القول بأنه يمكن للعميل أن يطلب من البنك عدم الوفاء في حالة ما إذا أثبت غش المستفيد وسوء استعماله لحقه في المطالبة بقيمة الضمان^٢.

(١) انظر نماذج طلب إصدار خطاب الضمان المرفقة بالملحق، ص ٢١٤

(٢) انظر ماسبق ص ١٧١ وما بعدها.

ويكمن أساس دعوى رجوع البنك على العميل في حالة وفاء قيمة الضمان للمستفيد وفي حالة عدم كفاية الغطاء وعدم كفاية الرصيد في حساب العميل، في العقد الذي يربط بين البنك والعميل، وهو عقد ائتمان بالنسبة للمبالغ التي لا يشملها الغطاء.

ونذهب إلى القول بأن هذا الأساس المتمثل في عقد الائتمان قد يكون أقرب قانونا من الأساس المتمثل في عقد الوكالة حيث يعتبر خطاب الضمان من عمليات الائتمان البنكي^١.

البلدان في مجال الاعتماد المستندي، بحيث يمكن للبنك أن يطالب المستفيد باسترجاع ماتم دفعه في حالة غشه، كأن يقدم مستندات غير صحيحة أو مزورة^٢. ولا تتوقف هذه المطالبة إلا على وجود مصلحة لدى البنك في المطالبة، كأن يكون الغطاء المقدم من قبل العميل للبنك غير كاف.

وتتعلق الحال الثانية بقيام البنك بالوفاء بينما لا يكون العميل مدينا بشيء للمستفيد. ويكمن أساس هذه الدعوى في استعمال البنك للدعوى غير المباشرة (Action oblique) إذا توافرت شروطها^٣.

(١) جاء بالمادة الأولى / ب من نظام مراقبة البنوك في المملكة العربية السعودية: «يقصد باصطلاح (الأعمال المصرفية)

... وإصدار خطابات الضمان ...»

{2} Juris - Classeur Banque, face 32 No 134 ets. - Rep. comm. Dalloz, voir crédit documentaire, No 116 ets.

"La jurisprudence accorde également au banquier un recours contre le bénéficiaire lorsque celui-ci a obtenu les réalisations du crédit en dissimulant par une manoeuvre frauduleuse l'irrégularité d'un document.

L'action en remboursement est ouverte même si le banquier a commis une négligence dans la vérification des documents (com 6 mai 1969, J.C.P. 1970, II, No 16216, Note J. stoufflet, Rev. Trim. dr. com 1969, p. 1063, obs. cabrillac et Rives - lange)"

{3} Gavalda et stoufflet, op. cit, p. 22, No 30

عبدالرزاق الشهوري، مراجع سابق، ص ٨٤٢.

٢ - دعوى رجوع العميل ضد المستفيد من خطاب الضمان

وقد يكون ايضا هذا الأساس أجدى من الأساس القائم على الحلول القانونية (Subrogation Legale)، حيث لا تتوافر كل شروطها في هذا الشأن^١، مما أدى بحكمة التعقيب الفرنسية إلى رفض أساس الحلول القانوني في مجال تأمين الائتمان (Credit - Assurance) في قرارها بتاريخ ١٤ ديسمبر ١٩٤٣م^٢، مما أدى بالمشروع الفرنسي إلى التدخل بقانون ١١ جويلية ١٩٧٢م، حيث قضت المادة ٢٢ منه بتسكين المؤمن من الحلول القانونية.

٣ - دعوى رجوع البنك مصدر خطاب الضمان ضد البنك طالب إصداره

عندما يكون المتعاقد مع جهة حكومية أو حتى أية مؤسسة أخرى أجنبيا، فإن نظام تأمين مشتريات الحكومة في المملكة العربية السعودية يقضي بوجوب تقديم خطاب ضمان صادر عن بنك محلي أو أن يكون مقدماً من بنك يعمل في الخارج بواسطة بنك يعمل في المملكة^٣.

وفي حالة مصادرة خطاب الضمان من قبل المستفيد لدى البنك المحلي، هل يمكن لهذا الأخير أن يرجع على البنك طالب إصدار خطاب الضمان أو على عميل هذا البنك؟

نذهب إلى القول بأنه يمكن للبنك المحلي أن يرجع على العميل وذلك على أساس الوكالة، إلا أن هذا الحق لا يمثل أهمية عملية بالنسبة للبنك المحلي، وذلك لأن العميل يكون في الخارج، ثم قد لا يكون في وضع مالي جيد، لذلك فإنه من مصلحة البنك

(١) انظر بشأن شروط الحلول القانونية، عبدالرزاق السنهوري، الوجيز في شرح القانون المدني، نظرية الالتزام بوجه عام، دار النهضة العربية، القاهرة ١٩٦٦، ص ١٢٥ او مابعدا.

(2) Civ. 14 décembre 1943, D. C. 1944, p. 81, Note Besson.

(٢) انظر ماسبق ص ٨٤ ومابعدا.

المحلي أن يرجع على البنك طالب الإصدار وذلك على أساس الشروط التي يتضمنها طلب البنك، فهي تقضي بشكل صريح أو ضمني بأن البنك طالب الإصدار يضمن عميله، ثم بالقياس على الاعتماد المستندي، فإن العرف السائد في هذا المجال يقضي بأن البنك الذي يطلب اعتماداً لأحد عملائه يضمن التسديد.

الفصل الثاني

١- الآثار القانونية المترتبة على خطاب الضمان في علاقة الأطراف بالغير

قد تكون للغير علاقة مديونية بالعميل طالب إصدار خطاب الضمان أو بالمستفيد منه ، وفي حالة ما إذا كان العميل أو المستفيد مدينا للغير، ولم يتم بتسديد الدين الذي في ذمته ، هل يمكن للغير أن يحجز على قيمة خطاب الضمان أو على قيمة الغطاء؟

المبحث الأول

الحجز على قيمة خطاب الضمان

يقوم العميل بتقديم طلب للبنك من أجل إصدار خطاب الضمان لفائدة المتعاقد مع العميل . وبموجب هذا الخطاب ، يتعهد البنك بدفع مبلغ محدد أو قابل للتحديد وذلك لدى أول طلب يتقدم به المستفيد ، ومن ثم فإن التزام البنك مجرد وبات ومستقل عن كل علاقة أخرى ، و يرتب حقا مباشرا للمستفيد .

وأمام هذه العلاقات التي أنشأها خطاب الضمان يمكن أن نتساءل حول امكانية الحجز على قيمة خطاب الضمان من قبل دائني عميل البنك أو من قبل دائني المستفيد .

الفرع الأول

الحجز على قيمة خطاب الضمان من قبل دائني المستفيد

عند إصدار خطاب الضمان الذى يطلب من العميل ، فإنه يتضمن ، كما أسلفنا ، تعهد البنك بدفع مبلغ معين من النقود خلال مدة سريان الضمان ، ويكون هذا الالتزام باتا ومباشرا ومستقلا عن العلاقة التى تربط المستفيد بالعميل أو التى تربط البنك بالعميل ، فهو ينشئ مديونية مباشرة على البنك للمستفيد وبالتالي ، يكون البنك مدينا شخصيا للمستفيد بقيمة خطاب الضمان وفى حالة مصادرة خطاب الضمان فإنه يتعين على البنك دفع قيمته من أمواله الخاصة أى التى تكون ملكا له ، لذلك يجب علينا أن نفرق بين حالتين : حالة الحجز قبل المصادرة وحالة الحجز بعد المصادرة .

أولا - الحجز على قيمة خطاب الضمان قبل مصادرته

يتمثل الهدف الأساسي لخطاب الضمان فى أنه يحل محل التأمين النقدي الذى يمكن أن يطالب به صاحب العمل عند تعاقدته وذلك ضمانا لحسن تنفيذ الأعمال المتفق عليها ، بحيث يمكن للمستفيد أن يطالب بقيمة الضمان متى تبين له أي تقصير فى التنفيذ . وبناء على ذلك ، يمكن القول بأنه ليس للمستفيد حق ملكية المبالغ التى يتضمنها خطاب الضمان ، مما حدا بعدد من الفقهاء^١ وأكد ذلك القضاء فى بعض البلدان^٢ ، الى القول بأن حق المستفيد حق شخصي متروك لتقديره المطلق بحيث لا يستطيع التنازل عنه للغير ، ومن ثم فهو حق ذو طابع شخصي .

(١) - أنور حبيب : محاضرة نشرت بمعهد الدراسات المصرفية بمصر لسنة ١٩٦٢م : حجز ما للمدين لدى الغير ، وقد كتب فى هذا الشأن «الواقع أن حق المستفيد حق شخصي متروك لتقديره ، وله وحدة حق طلب تنفيذه» .

وقد ذهب بعضهم إلى مخالفة هذا الرأي عند قولهم: «خطاب الضمان لا يمثل حقا ذا طابع شخصي للمستفيد، فالحق يكون كذلك إذا كان بسبب طبيعته متصلا اتصالا وثيقا بشخص الدائن»^١ وتعميقا على ما سبق نذهب إلى القول بأنه لا يتنازع أحد في أن هذا الحق شخصي باعتباره رابطة التزام أي علاقة مديونية بين طرفين، كما لا يتنازع أحد في أن خطاب الضمان ليس بورقة تجارية بحيث يمكن تظهيره أو التنازل عنه. إلا أنه لا يستتبع بالضرورة هذا الوصف، اعتبار هذا الحق من الحقوق ذات الاعتبار الشخصي (Intuitus Personae) والتي جاء في قول بعضهم بشأنها: «يتسم العقد بالطابع الشخصي عندما يكون الاعتداد بشخص أحد المتعاقدين دافعا محمدا لرضا الطرف الآخر

- راغب حبيشي: محاضرة نشرت بمعهد الدراسات المصرفية بمصر لسنة ١٩٦٠: خطابات الضمان حيث كتب: «ليس إجراء صحيحا ما يحاوله بعض العملاء أحيانا من تقديم خطابات الضمان الصادرة لصالحهم إلى البنوك التي يتعاملون معها بعد تظهيرها إلى البنك بغرض إضافة حصيلتها إلى حساباتهم لديها بعد تحصيله أو خصمها لأن هذا الإجراء قاصر على الأوراق التجارية وخطابات الضمان ليست من بين هذه الأوراق»

- علي جمال الدين عوض، مراجع سابق، ص ٤٨٧: «البنك الذي يصدر خطاب الضمان يتعهد بالوفاء لشخص معين هو المتعاقد مع عميل البنك الذي صدر الخطاب بناء على طلبه، وه ما يحرص الخطاب على إيضاحه بالنص على أن البنك يتعهد بالدفع إلى شخص أو جهة معينة ولدى أول طلب منها، وأنه يتحرر تلقائيا إذا لم تصله مطالبه منها في تاريخ معين».

ويترتب على أن الخطاب شخصي أنه لا يجوز للمستفيد تظهيره إلى غيره خاصة وأنه لا يتضمن شرط الإذن، ولا يعتبر لذلك ورقة تجارية، بل لا يجوز أن يتنازل عنه لأي شخص آخر بأي طريق حتى ولا بالتبعية لتنازله عن عقد المفاوضة الأصلي لأن شخصية المستفيد من الخطاب وأمانته محل اعتبار لدى عميل البنك.

ولما كان خطاب الضمان يمثل علاقات شخصية مباشرة لا يجوز تداوله، فليست له قيمة في ذاته، فلا يكون لحائزه حق لمجرد هذه الحياة، ولذلك لا يجوز للبنك أن يدفع قيمته إلا لشخص المستفيد أو وكيله».

(٢) حكم المحكمة الإدارية العليا بمصر جويلية ١٩٦٣، أشارت إليه سميحة القليوبي، مرجع سابق، ص ١٠٣: «خطاب الضمان ليس مثل الشيك أداة وفاة وإنما هو أداة ضمان فطبيعة خطاب الضمان تختلف عن طبيعة الشيك، إذ أن خطاب الضمان شخصي ولا يجوز للمستفيد تظهيره إلى غيره أو التنازل عنه لأي شخص بأي طريق، وبالتالي فليست له أية قيمة ذاتية إلا لشخص المستفيد».

(١) سميحة القليوبي، مرجع سابق، ص ١٠١.

للتعاقد»^٢، فهذا الرأي يجعل الاعتبار الشخصي متمثلاً في الدافع المحدد للتعاقد، بينما ذهب رأي آخر إلى الاكتفاء بجعل الاعتبار الشخصي عنصراً جوهرياً للتعاقد^٣.

ونتبين من خلال هذين الرأيين أنه إذا كان خطاب الضمان يتضمن حقاً شخصياً، فإنه لا يعتبر من العقود ذات الطبيعة الشخصية، فعندما يتعهد البنك، فإنه لا يأخذ في الاعتبار بشخص المستفيد، فالتزامه التزام بدفع مبلغ معين من النقود، ويستوى الأمر بالنسبة له، فهو يلتزم بدفع هذا المبلغ لأي شخص يحدده العميل.

ويختلف الأمر بالنسبة للعميل، فعند طلب إصدار خطاب الضمان، لا يقوم البنك بالإصدار إلا بعد دراسة الوضع المالي والشخصي للعميل، وعلى ضوء هذه الدراسة يحدد الشروط التي سيصدر بها خطاب الضمان وخاصة منها المتعلقة بنسبة الغطاء الذي يطلبه البنك من العميل، لذلك يكون للاعتبار الشخصي دور هام في هذا التعاقد، ومن ثم يكون العقد ذا طبيعة شخصية في العلاقة بين البنك والعميل^١.

ومن هذا المنطلق نتبين أنه بالنسبة لخطاب الضمان، ليس هناك تلازم بين الأمرين، فحق المستفيد حق شخصي ولكنه ليس ذا طبيعة شخصية، بمعنى أنه ليس لشخصية من يصدر لفائدته خطاب الضمان دخل فيه.

كما نتبين أن الرأي الأول من الفقه قد خلط بين الحق الشخصي باعتباره رابطة التزام والحق ذي الطبيعة الشخصية الذي يكون لشخصية المتعاقد دور هام فيه.

(2) Azoulay : L'élimination de l'intuitus personae dans le contrat, la tendance à la stabilité du rapport contractuel, Paris 1960, p 1 "un contrat est marqué d'intuitus personae lorsque la considération de la personne d'un des contractants a été déterminante du consentement donné par l'autre"

(٣) سمير اسماعيل، الاعتبار الشخصي في التعاقد، رسالة دكتوراه منسوخة، قدمت إلى كلية الحقوق، جامعة الإسكندرية ونوقشت بتاريخ ٣١ جويلية ١٩٧٥م، ص ١٥ وما بعدها.

(١) علي جمال الدين عوض، مرجع سابق، ص ٤٧٩ و ص ٤٨٠.

وقد ترجع أهم الأسباب التي أدت بهذا الرأي إلى الخلط بين الأمرين، إلى أن المستفيد لا يقوم في الأصل بمصادرة خطاب الضمان إلا في حالة تقصير العميل في تنفيذ التزاماته، وفي علاقته بالبنك، يرجع إليه تقدير هذا التقصير، أما في علاقته بالعميل المتعاقد معه، فيرجع تقدير هذا التقصير إلى قاضي الموضوع. وهذا لا يعني أن حقه على قيمة خطاب الضمان ذو طابع شخصي.

فحق المستفيد حق شخصي، وقد يكون احتماليا، وهذه الخاصية لا تمنع أيضا دائنيه من القيام بإجراء الحجز التحفظي على قيمة خطاب الضمان، فقد ذهب بعض الفقهاء^١ إلى القول «بأن حجز ما للمدين من منقولات أو حقوق لدى الغير جائز في جميع الأحوال دون تحديد حالات معينة. ويعتبر هذا الحجز تحفظيا في جميع الأحوال، وذلك سواء كان مع الدائنين سند تنفيذي وله الحق في التنفيذ الجبري أم لا. وينقلب هذا الحجز إلى حجز تنفيذي في مرحلة لاحقة شأنه في ذلك شأن أي حجز تحفظي. وحق حجز ما للمدين لدى الغير حق مستقل فالدائن وهو يحجز على ما لمدينه لدى الغير، لا يستعمل بهذا حقا لمدينه في مواجهة مدين مدينه بل هو يستعمل حقا خاصا به».

ونتبين من خلال ما تقدم أن للمستفيد حقا في ذمة البنك الذي تعهد بدفع مبلغ محدد للمستفيد لدى أول طلب يصدر منه، وأن هذا الحق وإن كان شخصا فإنه لا يعتبر ذا طابع شخصي، وبالتالي فليس هناك ما يمنع دائني المستفيد من طلب الحجز التحفظي على قيمة خطاب الضمان، خاصة وأن تعهد البنك تعهد مستقل عن العلاقة التي تربطه بالعميل وعن العلاقة التي تربط بين العميل والمستفيد. ويمكن أن يذهب بنا التصور إلى أن خطاب الضمان يمثل حقا ذا طبيعة خاصة، إذ تعتبر قيمته بالنسبة للمستفيد، في حكم التأمين النقدي، ومن ثم فإنها تبقى ملكا للبنك لا للعميل، وكون العميل يقدم للبنك غطاء نقديا عند إصداره لخطاب الضمان لا يغير من الوضع شيئا،

(١) فتحي والي: التنفيذ الجبري، وفقا لمجموعة المرافعات الجديدة، دار النهضة العربية، ١٩٧١، ص ٢١٦.

فتقديم الغطاء لا يعني أن البنك سيستعمل الغطاء للوفاء بقيمة الضمان. فالغطاء، مهما كانت طبيعته، يمثل ضمانا للبنك على التزامه بإصدار خطاب الضمان، قد تختلف قيمته باختلاف الثقة التي يضعها البنك في العميل وفي قدرته على الوفاء في حالة مصادرة خطاب الضمان من قبل المستفيد، و يترجم البنك فكرة الضمان من الناحية المحاسبية بقيد الغطاء في حساب شخصي من حسابات البنك والمعروف باسم «احتياطي خطابات الضمان».

ولما كانت قيمة الضمان في ملكية البنك، ولا تدخل في ذمة المستفيد، وعملا بالقاعدة العامة القائلة بأن التنفيذ يرد على مايكون للمدين من حقوق مالية تكون الجانب الإيجابي من ذمته المالية والمبرعنها أيضا بوجود ملكية الشيء من قبل المدين^١، فقد يذهب بنا الرأي إلى القول بعدم تمكن دائني المستفيد من الحجز على قيمة خطاب الضمان.

إلا أن هذه القاعدة ليست مطلقة، إذ يستثنى منها، من ضمن الاستثناءات الأخرى، الحالة التي يكون فيها مال معين مقدم كضمان للدائن، ففي هذه الحالة يمكن التنفيذ على هذا المال ولو أنه مملوك للمدين^٢. ولانعتقد في أن هذا الاستثناء يطبق على ما للمستفيد من حق على قيمة خطاب الضمان، حتى ولو اعتبرناه في حكم التأمين النقدي، فهو غير حائز لقيمة الضمان، بل هي في حيازة البنك وملك له، ومن ثم فإنه لا يكون لدائني المستفيد الحجز على قيمة خطاب الضمان ما دامت في حيازة البنك.

وإزاء ما تقدم يذهب بنا الرأي إلى ترجيح الوضع الأول والأخذ بتمكين دائني المستفيد من تطبيق الحجز التحفظي على قيمة خطاب الضمان لدى البنك، لاعتبار أن

(١) فتحي والي، مرجع سابق، ص ١٤٦

(٢) فتحي والي، مرجع سابق، ص ١٤٧

حق المستفيد حق شخصي، من جهة أخرى، وإن اعتبرنا خطاب الضمان في حكم التأمين النقدي، فإنه لا يمكن تطبيق الأحكام المتعلقة به، فخطاب الضمان يخضع لحكم خاص ومتميز، فحيازة قيمة الضمان لا تكون للمستفيد، وإنما تبقى للبنك. فخطاب الضمان يرتب للمستفيد حق المطالبة بقيمة الضمان فقط، ومتى قدر هو- وبشكل مطلق- أن العميل مقصر في تنفيذ التزاماته، كما يرتب التزاما في ذمة البنك بالتسديد متى طلب ذلك المستفيد.

وإذا كان هذا الحكم متعلقا بحالة الحجز على قيمة خطاب الضمان قبل مصادرته، فيبقى التساؤل قائما في حالة الحجز على هذه القيمة بعد المصادرة، وبعد دفعها من قبل البنك للمستفيد.

أما في المملكة العربية السعودية فقد حسمت الأمر مؤسسة النقد العربي السعودي عندما أصدرت تعليماتها بعدم جواز الحجز على خطاب الضمان في أي حال من الأحوال^١.

ثانيا - الحجز على خطاب الضمان بعد مصادرته

يقوم المستفيد بمصادرة خطاب الضمان، وفي الأصل على البنك أن يسدد قيمته، ويسترجع الخطاب ليقوم بإلغائه، وبهذا الدفع تخرج المبالغ من ذمة البنك، ومن ثم تنتهي العلاقة الموجودة بين البنك والمستفيد نتيجة تنفيذ ما على البنك من تعهد. أما بالنسبة للمستفيد، وفي حالة مصادرة خطاب الضمان النهائي، فإن تسلمه لهذه المبالغ لا يجعله مالكا لها، وإنما يرجعها إلى طبيعتها الأصلية والمتمثلة في التأمين النقدي

(١) جاء حظر الحجز على خطاب الضمان عملا بتعليمات مؤسسة النقد العربي السعودي الموجهة لهيئة حسم المنازعات التجارية عن طريق وزارة التجارة بحطاب من وزير التجارة رقم ١٢٠٢/١١ وتاريخ ١٤٠٧/٦/١٧ هـ وعملا بالبرقية الصادرة عن نفس المؤسسة برقم ٤٢٩٩ - ٣ وتاريخ ١٤٠٧/٦/١٠ هـ والموجهة إلى وزارة المالية.

المقدم من قبل العميل كضمان لحسن تنفيذ التزاماته، وبهذه الصفة تبقى المبالغ على ملكية مقدمها إلى أن يتم الاتفاق بين العميل والمستفيد على تسوية الحساب بينهما، وحينئذ تدخل المبالغ المستحقة من قبل المستفيد في ذمته ويصبح مالكا لها، ويتعين عليه أن يرد إلى العميل ما تبقى من قيمة الضمان.

وأما في حالة مصادرة خطاب الضمان الابتدائي المترتبة على تأخر المقاول أو المتعهد عن احضار الضمان النهائي وتوقيع العقد، فإن تسلم هذه المبالغ يجعل المستفيد مالكا لها، فعدم التعاقد في المواعيد النظامية يمنع الجهة الإدارية حق مصادرة الضمان المؤقت دون إنذار أو اتخاذ أية إجراءات، كما يمنحها ملكية المبالغ المؤمنة، ويمنعها أيضا حق المطالبة بالتعويض عن الأضرار التي لحقتها من جراء عدم التعاقد.

ونتبين من خلال ماتقدم، أن المستفيد، في حالة مصادرة خطاب الضمان، هو المالك لقيمته بقدر ما يستحقه، ولكل قيمة خطاب الضمان الابتدائي، ومن ثم فإنه يمكن لدائني المستفيد الحجز عليها في هذه الحدود.

هذا وتجدر الإشارة إلى أن شخص المستفيد قد يجعل تطبيق هذه القواعد متميزة، فقد يكون المستفيد جهة إدارية، أو مؤسسة خاصة.

فإذا كان المستفيد جهة إدارية، فإن الأموال العامة لا تثير أي نزاع، فقد استقر الرأي على أنه لا يجوز الحجز عليها، أما الأموال الخاصة للدولة فقد كانت مصدر خلاف بين الفقهاء. فمنهم من يذهب بالقول إلى عدم جواز الحجز على الأموال الخاصة للدولة على أساس أن يسار الدولة موثوق به ولا ينازع فيه، ثم إن التنفيذ على هذه الأموال يمس

(١) في هذه الحالة تقضي المادة ٢٣ من اللائحة التنفيذية لنظام تأمين مشتريات الحكومة بتمكين الإدارة من مصادرة الضمان المؤقت أو التنفيذ على حساب صاحب العرض المقبول مع الرجوع عليه بالتعويضات في الحالة الأخيرة.

هيبة الدولة و يتعارض مع قواعد الحسابات الحكومية، بينما يذهب البعض الآخر إلى القول بجواز الحجز على الأموال الخاصة للدولة على أساس أن التنفيذ الفردي لا يفترض إغسار المدين بل يكفي بعدم الوفاء، والدولة إذا امتنعت عن الوفاء بالدين برغم حلول أجله، فإنها قد أخلت بالثقة المفترضة فيها، ثم إن قواعد الحسابات الحكومية لا تتضمن مامن شأنه التضحية بالحقوق التي للغير في مواجهة الإدارة^١.

وبالإضافة إلى ماتقدم فإننا نأخذ برأي من قال بأنه لما كانت الدولة تخضع للقضاء على قدم المساواة مع الأفراد، ولما كان التنفيذ مرحلة ضرورية من مراحل الحماية القضائية للحق، فإنه يجب أن تخضع الأموال الخاصة للدولة و لهيئاتها العامة للتنفيذ^٢. ومع هذا فقد ذهبت اللجنة الثالثة لقسم الفتوى والتشريع بمجلس الدولة بمصر في فتاوها الصادرة بجلستها بتاريخ ١٤/١٢/١٩٧٠م إلى القول بعدم جواز الحجز على خطاب الضمان عندما يكون المستفيد جهة إدارية وذلك على أساس المواد ٢٥٤ و ٢٥٥ و ٢٥٦ من اللائحة المالية للميزانية والحسابات الحكومية^٣.

الفرع الثاني

الحجز على قيمة خطاب الضمان من قبل دائني عميل البنك

يمثل خطاب الضمان قبل مصادرته، حقاً للمستفيد وديناً على البنك لصالح المستفيد، لا لصالح العميل، ومؤدى ذلك أنه لا يجوز لدائني العميل الحجز عليه لدى البنك كما أنه لا يجوز لهم الحجز عليه لدى المستفيد^٤.

(١) انظر في هذا الشأن فتحي والي، مرجع سابق ص ١٥٥ و ص ١٥٦

(٢) فتحي والي، مرجع سابق، ص ١٥٦

(٣) نقلاً عن مميحة القليوبي، مرجع سابق، ص ١١٢

(٤) علي جمال الدين عوض، مرجع سابق، ص ٥١٥

أما بعد وفاء قيمة الضمان للمستفيد، فقد ذهب بعض الفقهاء إلى القول بأنه يمكن توقيع الحجز على قيمة الضمان بعد أدائها للمستفيد وذلك من قبل دائني العميل، وكل ما يملكه المستفيد في هذا الشأن يتمثل في حقه الممتاز على غيره من الدائنين نتيجة كونه دائنا مرتهنا، فهو يستوفي حقه بالأولوية على غيره من الدائنين. وأساس هذا الرأي يكمن في أن المبالغ التي تلقاها المستفيد من البنك تعود لها طبيعتها الأصلية المتمثلة في أنها تأمين نقدي مقدم له من قبل العميل كضمان لحسن تنفيذ التزاماته^١.

وإن صح هذا القول فيما يتعلق ب خطاب الضمان النهائي، فإننا لانذهب إلى القول بتطبيق هذا الحكم بالنسبة ل خطاب الضمان الابتدائي الذي يقدمه العميل ضمانا لتقديم الضمان النهائي وتوقيع العقد، حيث أنه في حالة امتناع العميل عن تقديم الضمان النهائي وعن توقيع العقد، فإنه يحق للمستفيد مصادرة خطاب الضمان الابتدائي كما يحق له أن يطالب بالتعويض، ومن ثم فإننا لانتعتقد أن قيمة الضمان تعود لها طبيعتها الأصلية بوصفها تأميناً نقدياً، وإنها تدخل في ذمة المستفيد، وبالتالي فإنه لا يمكن لدائني العميل الحجز عليها.

المبحث الثاني

الحجز على غطاء خطاب الضمان

عند طلب إصدار خطاب الضمان من قبل العميل، وقبل إصداره، يطلب البنك - عادة - تقديم الضمان الذي يراه كافياً لتغطية ما يلتزم به قبل المستفيد، ويعرف هذا الضمان في الحياة العملية باسم الغطاء، وقد يكون نقدياً أو عينياً^١.

(١) سميحة القليوبي، مرجع سابق، ص ١١٥

(١) انظر ما سبق، ص ١٠٠ وما بعدها.

وبهذه الصفة يكون البنك دائناً مرتهناً، يلتزم بإرجاع الرهن في حالة عدم وفائه بقيمة الضمان للمستفيد، أما في حالة الوفاء، فإنه للبنك أن يرجع على ماتحت يده من ضمانات في حدود ماتم دفعه للمستفيد. وترتيباً على ذلك، فإنه يمكن لدائني العميل الحجز على قيمة الغطاء، مع العلم بأنه للبنك بصفته دائناً مرتهناً حق التقدم والأولوية على سائر الدائنين وفقاً لأحكام الرهن الحيازي.

وتجدر الإشارة إلى أن التحفظ على الأوراق المالية أو تجميد مبلغ في حساب العميل أو التأشير بما يفيد ذلك لا يرتب وحدة صفة الدائن المرتهن وبالتالي حق اقتضاء قيمة، ومن ثم لا يكون له حق اقتضاء قيمة الدين من ملف الأوراق المالية الخاص بالعمل أو من حسابه. وحتى يتمكن البنك من ذلك فإنه يتعين على البنك تحديد الأوراق المالية التي يريد تخصيصها لهذا الغرض، وإيداعها ملفاً خاصاً بعد الحصول على إقرار من العميل برهن هذه الأوراق رهناً حيازياً ثم قيدها في حساب يعرف باسم «احتياطي خطابات الضمان» كما يجب على البنك، بالنسبة للغطاء النقدي، خصم مقابلة النقدي من حساب العميل وقيده في حساب «احتياطي خطابات الضمان»^١.

المبحث الثالث

تطبيق قواعد الحجز في المملكة العربية السعودية

لم ترد في المملكة العربية السعودية أحكام خاصة بشأن الحجز، ومن ثم فإنه يتعين الرجوع إلى القواعد العامة أي الشرعية المتعلقة بالحجز. وتتميز هذه القواعد بالعمومية وتتعلق بالتنفيذ الجبري، كما تتسم بثلاث خصائص تتمثل الأولى منها في أن إجراء التنفيذ الجبري في الشريعة الإسلامية لا يتطلب تدخل القوة العامة وأعوان التنفيذ إذا

(١) انظر ماسبق، ص ١٠٠ وما بعدها، وانظر أيضاً راغب حشى، مرجع سابق

كان الدائن في وضع يمكنه من الحصول على ماله أو بعضه دون رضاه وحتى خفية عنه بشرط ألا يتجاوز قيمة الدين، وتمثل الخاصية الثانية في أن التنفيذ لا يتطلب الكتابة في سند تنفيذي، فالقاضي يقوم في نفس الوقت بإصدار الحكم وتنفيذه تحت سمعه وبصره في تاريخ صدوره، وتمثل الخاصية الثالثة في أن التنفيذ الجبري يخضع لإجراءات مبسطة تختلف باختلاف وسائل التنفيذ الجبري، وتمثل هذه الوسائل في الحجز على المدين، ومنعه من السفر، وتغريزه، وحبسه، وبيع ماله في السوق بالمزاد العلني عن طريق المناذى^١.

وهكذا نتبين أن القواعد الشرعية المتعلقة بالحجز والتنفيذ تتميز بالعمومية ولا تتعارض مع القواعد العامة المتعلقة بالحجز والتي سبق البحث فيها.

وتبعاً لذلك فإننا نعتقد أنه يمكن الرجوع إلى هذه القواعد وتطبيقها في المملكة العربية السعودية، خاصة إذا أخذنا بعين الاعتبار أن المملكة قد رأت، منذ فترة ضرورة تنظيم الحجز والتنفيذ بقواعد خاصة، وتجسيدها لذلك، جاء مشروع نظام مرافعات، وهو الآن محل نظر في شعبة الخبراء بمجلس الوزراء.

وقد تضمن هذا المشرع أحكاماً خاصة بالتنفيذ، فنظم هذه العملية، حيث جاء بهذا المشروع وتحت رقم ٢٢٠: «إذا لم يتم المحكوم عليه بتسليم المبلغ المحكوم به، فيجري التنفيذ على أمواله بتوقيع الحجز على منقولاته أو عقاراته وبيع هذه الأموال إن اقتضى الحال بالمزاد العلني بأمر المحكمة وفقاً لما نص عليه في هذا الفصل ويحدد القاضي ماتدعو الحاجة إلى تركه للمحجوز عليه من المنقول والعقار».

(١) عبدالعزيز خليل بدوي، القضاء في الإسلام وحماية الحقوق، دار الفكر العربي، ١٩٨٠م، ص ١٠٢

وأجاز هذا المشروع حجز ما يكون للمدين لدى الغير حيث ورد تحت رقم ٢٣٦: «يجوز لكل دائن بيده حكم قابل للتنفيذ بدين في الذمة حال الأداء، أن يحجز ما يكون لمدينه لدى الغير من الديون، ولو كانت مؤجلة أو معلقة على شرط، وما يكون من الأعيان المنقولة في يد الغير».

وقضى المشروع بإمكانية توقيع الحجز التحفظي، حيث جاء تحت رقم ٢٤٢: «للدائن أن يطلب إيقاع الحجز التحفظي على منقولات مدينة إذا لم يكن للمدين محل إقامة ثابت في البلاد وخشي الدائن لأسباب مقبولة فراه أو تهريب أمواله»، كما ورد تحت رقم ٢٤٥: «للدائن بدين مستقر حال الأداء ولو لم يكن بيده حكم قابل للتنفيذ أن يطلب إيقاع الحجز حجزاً تحفظياً على ما يكون لمدينه لدى الغير من الديون ولو كانت مؤجلة أو معلقة على شرط، وما يكون له من الأعيان المنقولة في يد الغير».

ومن خلال هذه الأحكام التي تضمنها مشروع المرافعات يتضح لنا أيضاً أن القواعد العامة للحجز والتي سبق بحثها تتطابق مع وجهة نظر المنظم السعودي في هذا الشأن.

بعد هذه الجولة، وفي ضوء ثمرتها المتأصلة في بحثنا هذا اتضح أن الكفالات البنكية وخصوصا خطابات الضمان، عبارة عن تعهد مكتوب يصدر من البنك بناء على طلب عميله لفائدة شخص آخر تربطه علاقة أصلية بالعميل، ويعرف بالمستفيد. وبموجب هذا التعهد يكون التزام البنك غير مشروط بدفع مبلغ معين أو قابل للتعيين لدى أول طلب يقدمه المستفيد إلى البنك خلال مدة صلاحية الضمان. وقد يقيد الدفع بوجود تقصير في تنفيذ الالتزام الأصلي المبرم بين العميل والمستفيد، وفي هذه الحالة يكون للمستفيد وحده حق تقدير التقصير في التنفيذ بإطلاق.

وقد احتلت خطابات الضمان مكانة هامة في الحياة التجارية البنكية، وخصوصا وأن المنظم السعودي قد قضي بوجود تقديمها في مجال التعامل مع الجهات الحكومية.

وبالرغم من هذه الأهمية فإن المنظم السعودي لم يأت بأحكام خاصة لتنظيم خطابات الضمان ولتحديد الآثار القانونية المترتبة عليها. وأمام هذا الفراغ القانوني عمدت البنوك إلى وضع عقود نموذجية تتضمن شروطا، وإن اختلفت في صيغتها وفي بعض جزئياتها من بنك لآخر، فهي تتفق في جوهرها. وقد اتضح لها أن هذه الشروط وإن سدت بعض الفراغ فإنها تظل غير كافية لتفسير كل الآثار المترتبة على خطابات الضمان.

وقد حاول الفقه تفسير العلاقات المترتبة على خطابات الضمان، مستندا على القواعد القانونية العامة أي المدنية، وقد لاحظنا أيضا أن هذه القواعد لا تكفي لتحديد هذه الآثار ولتفسير العلاقات التي أنشأها خطاب الضمان.

فهذه العملية متكاملة ومتشابكة ومتميزة، لأن خطاب الضمان ينشأ عن علاقة أصلية بين العميل والمستفيد، على أثرها - وبطلب من العميل - يصدر البنك خطاب الضمان، يتعهد بموجبه البنك بدفع مبلغ معين من النقود، ويتميز التزام البنك بالاستقلالية والتجريد فهو منقطع الصلة بكيفية تنفيذ العميل لالتزاماته قبل المستفيد من جهة، وبالعلاقة العميل بالبنك من جهة أخرى. ويتميز أيضا خطاب الضمان بكفايته الذاتية واستحقاقه من تاريخ وصوله إلى علم المستفيد، فمن حق المستفيد أن يطالب بقيمته من هذا التاريخ، وكأن البنك قد وضع تحت تصرفه مبلغا نقديا، مما يجعلنا نقول بأن خطاب الضمان يحل محل التأمين النقدي.

وقد تزداد خصوصية هذه العلاقات بروزا في حالة صدور خطاب الضمان عن بنك أجنبي، أو في حالة إخضاع هذه العلاقات لأعراف دولية أو الى تحكيم قد يخرجها من إطار القيود القانونية الداخلية.

وأمام خصوصية خطابات الضمان والمشكلات المتمثلة أساسا في تكييفها القانوني وفي تطبيق القواعد القانونية العامة عليها والتي يمكن أن يتعرض لها أطراف هذه العلاقات والمحاكم التي ترفع أمامها الدعاوى الخاصة بها، والغير الذي يطلب الحجز على قيمتها، فإننا نرى أن من الأجدى أن يتدخل المنظم السعودي لوضع الأحكام الخاصة والكفيلة بمعالجة هذه المشكلات، وذلك على غرار ما قام به المشرع في بعض البلدان، فقد تضمن قانون التجارة الكويتي لسنة ١٩٨٠م أحكاما خاصة بخطاب الضمان، فجاءت المادة ٣٨٢ منه بتعريفه، وبينت المواد من ٣٨٣ الى ٣٨٧ منه بعض أحكامه وخصائصه^١. وقد أخذ عن التقنين التجاري الكويتي المشرع العراقي، حيث

(١) المادة ٣٨٢: «خطاب الضمان تعهد يصدر من بنك بناء على طلب عميل له (الأمر بدفع مبلغ معين أو قابل للتعين لشخص آخر (المستفيد) دون قيد أو شرط إذا طلب منه ذلك خلال المدة المعينة في الخطاب. و يوضح في خطاب الضمان الغرض الذي صدر من أجله».

تضمن قانون التجارة العراقي لسنة ١٩٨٤ أحكاماً خاصة بـخطاب الضمان، فعرفته المادة ٢٨٧ منه وبينت المواد من ٢٨٩ الى ٢٩٣ أحكامه وخصائصه، وقد جاءت هذه الأحكام بصيغة مماثلة لما أورده المشرع الكويتي.

وقد يكون لمحاولة غرفة التجارة الدولية نطاق أوسع، عندما أصدرت «القواعد الموحدة للضمانات التعاقدية» بتاريخ ١٩٧٨م، ودعت إلى تطبيقها خاصة في مجال التجارة الدولية من أجل إقامة توازن بين مصالح الأطراف المعنية.

وأمام هذه الأمثلة لايسعنا إلا أن يحدونا الأمل في أن نرى أحكاماً خاصة تطبق في مجال خطابات الضمان المعمول بها في المملكة العربية السعودية.

المادة ٣٨٣: «١ - يجوز للبنك أن يطلب تقديم تأمين مقابل إصدار خطاب الضمان.

٢ - يجوز أن يكون التأمين تنازلاً من الأمر عن حقه قبل المستفيد».

المادة ٣٨٤: «لا يجوز للمستفيد التنازل للغير عن حقه الناشئ عن خطاب الضمان إلا بموافقة البنك».

المادة ٣٨٥: «لا يجوز للبنك أن يرفض الوفاء للمستفيد لسبب يرجع إلى علاقة البنك بالأمر أو علاقة الأمر بالمستفيد».

المادة ٣٨٦: «تبرأ ذمة البنك قبل المستفيد إذ لم يصله خلال مدة سريان خطاب الضمان طلب من المستفيد بالدفع إلا إذا اتفق صراحة قبل انتهاء هذه المدة على تجديدها».

المادة ٣٨٧: «إذا وفي البنك للمستفيد المبلغ المتفق عليه في خطاب الضمان حل محله في الرجوع على الأمر بمقدار المبلغ الذي دفعه».

الملاحق :

نماذج مصدرها :

وثائق البنك العربي الوطني
وبنوك أخرى
وثائق وزارة المالية
والاقتصاد الوطني

نموذج (أ/١) طلب إصدار خطاب ضمان

طلب إصدار سند كفالة

حضرة مدير البنك العربي الوطني المحترم

التاريخ

رقم الكفالة

تحية واحتراماً ،

نحن

نرجو أن تقدموا كفالة (ابتدائية / نهائية / سلفة) بالنيابة عنا / عن
بمبلغ (المبلغ بالأرقام)
لدة من الى

لأمر
وذلك

« حسب النص المتمد من وزارة المالية والاقتصاد الوطني بالمملكة العربية السعودية »

واننا نتمتع لكم (مجتمعين ومنفردين) بتحمل أية مسؤولية قد تقع من جراء هذه الكفالة واننا نفوضكم
بان تقييدوا على حسابنا لديكم ، دون الرجوع اليها ، قيمة التأمين بمعدل %
وللمعولة بمعدل % واية مصاريف اخرى يضطرون لدفعها من جراء هذه
الكفالة . كما نفوضكم ايضاً بدفع قيمة هذه الكفالة عند اول طلب وقيد القيمة على حسابنا لديكم . واننا
نعين لكم (وإذا أريتم ذلك مناسباً ودون أن تكونوا ملزمين بذلك) تقديم هذه الكفالة بنفس الشروط وللددة
التي ترونها مناسبة دون الرجوع اليها واخذ موافقتنا مجدداً .

كما نوافق على ان تبقى مسؤوليتنا تجاهكم فيما يتعلق بهذه الكفالة قائمة ومستمرة الى أن تعاد اليكم وتوافق
الجهة المقدمة لصالحها على الغائها وذلك بغض النظر عن انتهاء مدتها .

هان هذه الكفالة تخضع للشروط العامة للكفالات الموقعة من قبلنا والتي تثبت اتفاقنا معكم بخصوص
جميع الكفالات التي نطلبها وتوافقون على إصدارها .

توقيع طالب إصدار الكفالة

توقيع الكفيل/ الكفلاء بالتكافل والتضامن

نموذج (أ/ب) طلب إصدار خطاب ضمان ابتدائي

بنك الأهلي التجاري
THE NATIONAL COMMERCIAL BANK
شركة تجارية مسجلة في المملكة العربية السعودية
سنة ١٤٢٨ هـ

برقياً : موقع

فرع
التاريخ
الموافق

الرقم

حضور المكرم مدير البنك الأهلي التجاري

بعد التوبة :-

نرجو المرافقة وتعميد من يلزم بإصدار خطاب ضمان غير قابل للإلغاء خاص بالتأمين المؤقت من مصرفكم نيابة عنا وعلى حسابنا ومسؤوليتنا بالتص التالي :

خطاب ضمان رقم (يخص بالتأمين المؤقت)

بعد التوبة :-

حيث ان قد تقدم بمطالبة عن
ضمن هذا البنك الأهلي التجاري خطاب غير مشروط ان يدفع لكم عند
اولد اصدار خطي منكم بالمطالبة بالدفع - مبلغاً لا يتجاوز
وذلك ما يعادل ٧٪ اثنين في المائة من قيمة عطاء بموجب شروط المناقصة .
يسري مفعول هذا الضمان حتى نهاية اليوم من الشهر
من عام ويجب التقدم بأي مطالبة بدفع قيمة هذا الضمان خلال مدة سريته .
يخضع اي نزاع ينشأ عن تفسير شروط هذا الضمان للنظمية الملكية العربية السعودية .
وتتفقوا بقبول خطابنا

البنك الأهلي التجاري

واتنا نتعهد لكم تمهيداً باننا ونهائياً بان يدفع لكم فوراً ودون قيد او شرط كل ما يدفعه او يؤديه مصرفكم او يلزم به او يتعهد
سبب هذا الضمان ، وعلاوة على ذلك كافة المصروفات ومقابل الخدمات المستحقة لكم على حصة تلك المبالغ لحين التسديد
النهائي كما تفوضكم تفويضاً نهائياً وغير قابل للإلغاء بان تقبوا على حسابنا مصرفكم تأمين الضمان المذكور بنسبة ٪
وعروة الضمان بنسبة ٪ مع حكم المطلق في ان تقبوا على حسابنا لتأمين كامل قيمة هذا الضمان في اي وقت دون
حاجة لابتداء الأسباب او الرجوع اليها للحصول على موافقتنا مع التزامنا بالتسديد اذا / يكن حاسناً لديكم كفاً لتسديدها ، كما
نفوضكم بتسديد وتقديم مدة خطاب الضمان اعلاه على حسابنا ومسؤوليتنا بنفس شروطه لاي مدة ترونها اذا طلب ذلك المستفيد
او أي حصة غنصة وذلك دون حاجة للرجوع اليها او الحصول على موافقتنا حتى تمام الاخراج عن هذا الضمان او الغائه مطلقاً .
وهذا اقرار نهائي واثبت وتمهيد منا بكل ما ذكر اعلاه .

وتتفقوا بقبول خطابنا

الاسم

الصفة

التوقيع

الاسم

اللقب

(كفالة غرم واداء تضامنية)

انقر انا الموقع اذناه
واداه في الرقاع بجميع التزاماتها اعلاه البنك الأهلي التجاري
وكفالة غرم
وفي تسديد كل ما يستحق للبنك بسبب هذا الضمان

اسم الكفيل

توقيع الكفيل

التاريخ / / ١٣٩

عنوان الكفيل

نموذج (ا / ج) طلب إصدار خطاب ضمان نهائي

البنك الأهلي التجاري
THE NATIONAL COMMERCIAL BANK
شركة تجارية مسجلة في المملكة العربية السعودية
١٤٢٨ هـ

نوع
التاريخ
الموافق

برقية : موثق

المحترم

حضرة المحترم مدير البنك الأهلي التجاري

بعد التوبة : -

نرجو الموافقة وتعميد من يلزم إصدار خطاب ضمان غير قابل للإلغاء خاص بالتأمين النهائي من مصرفكم نيابة عنا وعلى حسابنا ومسؤوليتنا بالنسب التالي :

خطاب ضمان رقم (خاص بالتأمين النهائي) - - - - -

بعد التوبة : -

حيث أنك منحت
عقداً

نضمن هذا نحن البنك الأهلي التجاري السادة المذكورين أعلاه

دفع مبلغ لا يتجاوز

وهو يمثل ١٠ ٪ عشرة في المائة من قيمة العقد ونتمتع بهذا تعهداً غير مشروط بأن نضع تحت تصرفكم مبلغاً لا يزيد عن المبلغ المذكور أعلاه وقدره

عند استلام أول اشارة خطي منك يصدر خلال مدة صلاحية هذا الضمان وبفقد وفقاً لتقدير المطلق بوجود قصور في تنفيذ شروط العقد المذكور أعلاه نشأت عنه مطالباتكم بموجب هذا الضمان - بسري مفعول هذا الضمان حتى نهاية اليوم من الشهر من عام ١٣٩

يضع أي نزاع ينشأ عن تفسير شروط هذا الضمان لأنظمة الملكية العربية السعودية .

وتتضافوا بقبول تحياتنا .

البنك الأهلي التجاري

واننا نتمتع لك تعهداً باتاً ونهائياً بأن ندفع لكم فوراً ودون قيد أو شرط كل ما يدفعه أو يؤديه مصرفكم أو يلزم به أو يتحمده بسبب هذا الضمان ، وعلاوة على ذلك كافة المصروفات ومقابل الخدمات المستحقة لكم على حصة تلك المبالغ حين التسديد النهائي كما تفوضكم تفويضاً باتاً ونهائياً وغير قابل للإلغاء بأن تقيدوا على حسابنا بمصرفكم تأمين الضمان المذكور بنسبة ٪ وعمرة الضمان بنسبة ٪ مع حقك المطلق في أن تقيدوا على حسابنا لديكم كل قيمة هذا الضمان في أي وقت دون حاجة لإبداء الإحسان أو الرجوع إلينا للحصول على موافقتنا مع التزامنا بالتسديد اذ يمكن حسابنا لديكم كالتسديد ما كما تفوضكم بتجديد وقيد . مدة خطاب الضمان أعلاه على حسابنا ومسؤوليتنا بنفس شروطه لأي مدة ترونها إذا طلب ذلك المستفيد أو أي جهة مختصة وذلك دون حاجة الرجوع إلينا أو الحصول على موافقتنا حتى تمام الأجرع عن هذا الضمان أو الفائه نظاماً . وهذا لإقرار نهائي وبات وتعهد منا بكل ما ذكر أعلاه .

وتتضافوا بقبول تحياتنا .

الاسم
التوقيع

الصفة
التوقيع

(كفاية غرم واداء تضامنية)

بإني أكفل بالتضامن

كفاية غرم

وفي تسديد كل ما يستحق للبنك بسبب هذا الضمان

أقر أنا الموقع أدناه واداء في الوفاء بجميع التزاماتهم أعلاه البنك الأهلي التجاري حسب شروطهم

اسم الكفيل
توقيع الكفيل

التاريخ ١٣٩ / /
عنوان الكفيل

غرض (١ / د) طلب إصدار خطاب ضمان

Name of the Company :

RESERVED FOR THE BANK

LETTER OF GUARANTEE No.

Approved by

Margin

To : AL BANK AL SAUDI AL FRANSI

Dear Sirs,

Please issue a bid bond (i) on my/our behalf

- Performance bond
- Prepayment refund bond
- Payment bond

In favour of
for an amount of being % of a contract
concerning
and valid until 19 or 13

In consideration of your issuing the above guarantee, I/we hereby bind me/ourselves in respect of the conditions as detailed overleaf.

Signature

(i) strike whichever not applicable.

اسم الشركة :

لأستعمال البنك فقط

ضمان رقم

موافق عليه من قبل

تأمين

إلى البنك السعودي الفرنسي

بعد التسمية :

نرجو إصدار ضمان بدائي (١) تكفلوه بموجب

- ضمان بغير العمل
- ضمان المحصول على سلفه
- ضمان بالنفج

لصالح

ببلغ وذلك ما يماثل % من المقابل

الحساب

وصالح لتسليمه ١٩ أو ١٣

نظرا لأصدار ركضمان ، هذا نوافق ونلتزم بالشروط المذكورة على خلف هذا الطلب.

لتوقيع

(١) احذف الغير صالح

GENERAL CONDITIONS
FOR THE ESTABLISHMENT OF A LETTER OF GUARANTEE
BY AL BANK AL SAUDI AL FRANSI IN SAUDI ARABIA
(herein called the Bank)

- 1 The applicants, will pay to the Bank such sum as margins as will be deemed necessary by the Bank. This margin will be refunded to the applicant after the Bank has received back the original letter of guarantee since same Public Administrations consider the Bank commitment valid until that time without consideration to the actual maturity date of the letter of guarantee .
2. The applicant undertakes irrevocably to indemnify the Bank against all claims or demands arising out of the said guarantee and to refund to the Bank any amount that it may be requested to pay under said guarantee. In particular since the Public Administrations require an irrevocable commitment from the Bank to pay on first written notice, the applicant authorizes the Bank to debit his account for such payments without assuming the Bank had the obligation to ask for his prior approval or had the obligation to request from the Ministry concerned any explanation since the said Ministry is not obliged to do so. In case the applicant's account has insufficient funds, the applicant undertakes to cover immediately the necessary amount of cash.
- 3 In case a Public Administration requires an extension of the guarantee, the applicant will give its instructions of renewal within three days of the Bank advice. Failing him to do so or in the event the Bank is not willing to extend its commitment, the letter of guarantee amount will be blocked by debit of the applicant as detailed in the provisions of paragraph 2 above.
- 4 Unless otherwise agreed upon, the issuance of a bid bond by the Bank does not imply a commitment by the Bank to issue the performance and prepayment refund bonds in the case the applicant is successful in its tender and is awarded the contract. It must be clearly understood that in the event these letter of guarantees would not be issued by the Bank the applicant must arrange for their insurance by another bank or, failing to do so, to pay to the concerned Ministry, the amount of the bid guarantee.

شروط عامة

لإصدار خطاب من قبل البنك السعودي الفرنسي في المملكة السعودية
يشار له هنا بالبنك

- ١ - طالب الضمان سوف يدفع للبنك كتمان المبلغ الذي يراه البنك ضروريا . وان ذلك التمتع سوف يمدد لطالب الضمان بمدة ان يكون البنك قد استلم نسخة الضمان الأصلية نظراً لأن بعض الدوائر الرسمية تستمر البنك زمناً حتى ذلك الوقت دون الأخذ بالأعتبار تاريخ الصلاحية الحقيقية لخطاب الضمان .
- ٢ - طالب الضمان يتعهد تعهداً إلزامياً بشعور البنك بضم كل الطلبات التي تنتج عن الضمان المحصور و بمدد البنك أي مبلغ قد يطلب من البنك دفعه . وعلى الشخص ونظراً لأن الدوائر الرسمية تحتاج لتعهد إلزامي من البنك بأن يدفع عند أول طلب لهذا طالب الضمان يسمه البنك بأن يحسم من حسابه بمثل ذلك المبلغ دون أن يعتقد بأن البنك مرهق بأن يأخذ موافقة الأولية أو ان يكون ملزماً بأن يطلب من الوزارة المعنية أي توضيح ، لأن وزارة يست ممزة باعطاء أي إيضاح . في حالة ان حساب طالب الضمان لا يوجد به مبلغ يكفي - طالب الضمان يتعهد بتغطية الضرورية حالاً وان يكمل المتبقي تقدماً .
- ٣ - في حالة ما إذا طلبت الدوائر المختصة بتديد الضمان ، يجب على طالب الضمان أن يعصي تعليمه . بتجديد خلال ٣ ايام من اشعار البنك . أما إذا لم يتم بذلك الإجراء او في حالة ان البنك لا يرغب بتديد التزامه : فإن مبلغ حساب الضمان سوف يحجز بحسبه من حساب طالب الضمان حسب ما جاء بالفقرة ٢ اعلاه .
- ٤ - إذا اتفق عليه ، بإصدار خطاب الضمان البدائي من قبل البنك لا يعني التزام البنك ، بمصادر خطاب الضمان النهائي بالعمل أو خطاب ضمان استلام السلفة المطلوبين في حالة الطالب قد نجح في الحصول على المقدمه . يجب ان يفهم بوضوح بأنه في حالة ما إذا رفض البنك إصدار خطاب الضمان المذكورة فإنه يتعهد على طالب الضمان ترتيب إصداره من بنك آخر ، أما إذا فشل في ذلك ، فيجب عليه ان يدفع للوزارة المعنية مبلغ خطاب الضمان البدائي .

نموذج (١ / د) طلب إصدار خطاب ضمان



(مكتب ضمان، ربيع ١٤٢١هـ)

APPLICATION FOR GUARANTEE AND
CUSTOMER AGREEMENT

طلب ضمان واتفاقية عملاء

The undersigned

هذا يطلب الموقع أدناه

(the Customer) hereby requests Saudi American Bank
(the Bank) to issue for its account and risk the follow-
ing irrevocable guarantee and, to induce such issuance
the Customer hereby agrees as stated below

(العميل) من البنك السعودي الأمريكي (البنك) إصدار
الضمان التالي، غير قابل للفسخ، على حسابه ومستقبلته، ومن
أجل إصدار مثل هذا الضمان، يوافق العميل بموجب هذا على
المبين أدناه :

Type:

- ☐ Preliminary deposit (bid bond)
☐ Final deposit (Performance bond)
☐ Advance payment guarantee
☐ Other (specify) _____

Amount:

- ☐ SR _____
☐ USS _____

- السوع :
☐ ضمان ابتدائي (ضمان مئذنة)
☐ ضمان نهائي (ضمان تنفيذ)
☐ ضمان دفعة مقدمة
☐ أخرى (حدد) _____

ملاحظة :

- ☐ ريال سعودي
☐ دولار أمريكي

Beneficiary: _____

Expiry date: _____

Representing _____
of the value of the following described contract (the
Contract)

Project Name: _____

Reference No.: _____

Owner: _____

Description: _____

The guarantee shall be issued
(check applicable box):

- ☐ In such form as guarantees are normally issued
by the Bank to the Beneficiary named herein.
☐ In the form requested by the Customer (per
Exhibit A attached).

المستفيد: _____

تاريخ الانتهاء: _____

% _____
من قيمة العقد الموضح فيما يلي (العقد)

اسم المشروع: _____

الرقم الاشاري: _____

المالك: _____

بيان: _____

يصدر الضمان
(أشر على الخانة المناسبة)

- ☐ بالصيغة التي يصدر بها البنك الضمانات عادة
إلى المستفيد المين اسمه هنا .
☐ بالصيغة التي يطلبها العميل (حسب البيان أ
المرفق) .

The Bank shall use its best efforts to issue the guarantee in a form satisfactory to the Beneficiary, but shall not be liable for rejection of any guarantee by the Beneficiary or any resulting loss to the Customer.

The Customer agrees to pay to the Bank upon demand:

- (i) amounts paid to the Beneficiary pursuant to the guarantee;
- (ii) such charges as may be agreed for issuance of the guarantee;
- (iii) attorney's fees, appraisal fees, court costs and all other expenses incurred by the Bank in connection with the issuance of the guarantee or the enforcement of its rights under this Application and Agreement.

The Beneficiary has the right, in its sole and absolute discretion, to demand payment pursuant to the guarantee to be issued hereunder without any statement of reasons for the demand and without regard to performance under the Contract. Customer agrees to immediately reimburse the Bank for any and all amount paid to the Beneficiary under a demand conforming to the requirements of the guarantee, regardless of and without set-off or deduction for any claims which it may have against the Beneficiary or any other party to the Contract.

In the event that the Bank from time to time receives one or more requests or demands from the Beneficiary to extend the guarantee or to "hold value" or any similar requests or demands regardless of how worded, the Bank in each case may in its sole discretion, but without obligation to do so, extend the guarantee issued hereunder to the date specified by the Beneficiary or if no date is specified, to a date determined by the Bank.

The Customer agrees that the Bank may demand cash collateral for its obligations under this application at such times and in such amount as the Bank may deem adequate for its security, notwithstanding that no demand or request has been made by the Beneficiary. The Bank may establish a separate cash collateral account in the name of the Customer for this purpose. The Customer agrees to furnish immediately such collateral upon written notice (including telex or telegraphic notice) from the Bank.

ويبدل البنك أقصى جهده لإصدار الضمان بصورة مرضية للمستفيد، ولكنه لن يكون مسؤولاً عن رفض أى ضمان من قبل المستفيد أو أية خسارة تقع للعميل.

ويوافق العميل على أن يدفع إلى البنك عند الطلب :

(١) المبالغ المدفوعة للمستفيد وفقاً للضمان .

(٢) النفقات التي يتفق عليها لإصدار الضمان :

(٣) أتعاب المحامي، ورسوم التقييم، ونفقات المحكمة، وكافة المصاريف الأخرى التي يتحملها البنك بشأن إصدار الضمان أو إنفاذ حقوقه بمقتضى هذا الطلب وهذه الاتفاقية.

للمستفيد الحق، بمطلق تقديره أن يطلب بالدفع طبقاً للضمان الذي سيصدر بمقتضى هذا الطلب وهذه الاتفاقية، دون أى بيان لأسباب المطالبة وبعض النظر عن الأداء بموجب العقد. ويوافق العميل على أن يدفع فوراً إلى البنك أية وكافة المبالغ المدفوعة إلى المستفيد بموجب مطالبة تتفق مع متطلبات الضمان، وبعض النظر، ودون تمريض أو انقطاع، عن أية مطالبات قد تكون له تجاه المستفيد أو أى طرف آخر من أطراف العقد.

وفي حالة تسلم البنك، من حين لآخر طلب أو مطالبة أو أكثر من المستفيد لتمديد الضمان أو لـ «حجز القيمة» أو أية طلبات أو مطالبات، بعض النظر عن كيفية صياغتها، فإن البنك في كل حالة وطبقاً لتقديره وحده، ولكن دون التزام بعمل ذلك، يستطيع أن يمدد الضمان الصادر بمقتضى هذا الطلب وهذه الاتفاقية، لغاية التاريخ الذي يحدده المستفيد أو التاريخ الذي يحدده البنك، إذا لم يحدد تاريخ بذلك.

ويوافق العميل على أن للبنك أن يطلب بضمان نقدي، مقابل التزاماته بموجب هذا الطلب في أى وقت أو بأية مبالغ يراها البنك ضماناً كافياً، بغض النظر عن عدم تقدم المستفيد بأية مطالبة أو طلب. وللبank أن يفتح حساب تأمين نقدي مفصل باسم العميل لهذه الغاية. ويوافق العميل على تقديم هذا الضمان النقدي فوراً عند تلقي إشعار خطي (بما في ذلك إشعار بالبرق) من البنك.

Collateral held by the Bank to secure the Customer's obligations hereunder may be applied, at the discretion of the Bank, to other obligations of the Customer to the Bank now or hereafter arising.

In the event of failure to make timely payment of any amount due hereunder, the Bank may set off-against such amount any of the Customer's deposits with the Bank or other indebtedness owing from the Bank. This right is in addition to any other legal rights the Bank may have. In addition, the Bank without prior notice may sell any securities or property of the Customer held by the bank and apply the proceeds to the Customer's obligations hereunder, and Customer shall remain liable for any deficiency.

The Customer authorizes the Bank to debit its account No. for cash collateral and for all other amounts due or becoming due under this Application from time to time.

Signed this _____
day _____
of _____
198 _____.
at _____
Saudi Arabia

CUSTOMER

Company name _____
Signature _____
Name _____
Title _____

WITNESSED

Signature _____
Name _____
Address _____
Identity Card _____
(Number & City of Issue)

ويمكن استخدام الضمان المحجوز من قبل البنك كضامن عن التزامات العميل بموجب هذه الاتفاقية، حسب تصرف البنك، لالتزامات أخرى من جانب العميل تجاه البنك قائمة حالياً أو قد تنشأ مستقبلاً.

وفي حالة الإخفاق في تقديم الدفع أو أية دفعة بمقتضى هذا، في الوقت المحدد فإن للبنك أن يمحض هذه الدفعة من أية ودائع للعميل لدى البنك أو أية ديون أخرى مطلوبة من البنك. وبالإضافة إلى ذلك، فإن للبنك، دون إشعار مسبق، أن يبيع أية رهونات أو ممتلكات للعميل تكون في حيازة البنك، وأن يستخدم بيع البيع في تسوية التزامات العميل بموجب هذه الاتفاقية، ويكون العميل مسؤولاً عن أى نقص.

ويفوض العميل البنك بأن يقيد على حساب رقم :
مبلغ بقيمة نقدية وكافة المبالغ الأخرى المستحقة أو التي تصبح مستحقة بموجب هذه الاتفاقية من حين لآخر .

حرى توقيعه في هذا _____
تاريخ : _____
من شهر : _____
من عام : _____
بمدينة : _____
المملكة العربية السعودية .

العميل

اسم الشركة : _____
الموقع : _____
الاسم : _____
اللقب الوظيفي : _____

شاهد

توقيع : _____
الاسم : _____
المكان : _____
حقيقة الفقوس : _____
(الرقم ومكان الإصدار):

WITNESSED

Signature _____

Name _____

Address _____

Identity Card _____

(Number & City of Issue)

شاهد

توقيع :

الاسم :

المساكن :

حفيظة القوس :

(الرقم ومكان الاصدار):

رأسدار

البنك العربي الوطني



١٩..... في

..... فرع

--

رقم الكفالة

قيدوا على حساب تمهيدات العملاء / الفروع / البنوك مقابل كفالات

لحساب كفالات العملاء / الفروع / البنوك

--	--

البنك العربي الوطني

٨٢ / ٢٣

نموذج (٥): نموذج تنازل العميل عن مستحقاته من العطاء
لأمر البنك مصدر خطاب الضمان

بسم الله الرحمن الرحيم

التاريخ:
الموافق:
الرقم:

بعد التحية:

تتحول إلى عملية مناقصة .

التي رست علينا بموجب والتي قدمنا

لها لصالحكم خطاب الضمان الصادر عن البنك العربي الوطني فرع

برقم وتاريخ بمبلغ

لـ

ونقرر بهذا تنازلاً بصورة باتة ونهائية وتنازلاً شريعياً صحيحاً غير قابل للنقض أو الرجوع فيه من قبلنا عن جميع
المبالغ المستحقة، أو التي تستحق لنا لدى دائرتكم الموقرة نتيجة لتفليدنا هذه العملية أو أية إضافات قد تضم إليها أو تلحق
استقبلاً إلى البنك العربي الوطني وفقاً لهذا التنازل.

وبناء على ذلك فلم يعد من حقنا وفقاً لهذا التنازل استلام شيء مما هو مستحق حالياً أو يستحق مستقبلاً عن العملية المذكورة
أمامه بدون إذن وموافقة البنك العربي الوطني، وانما إذا اعتبر هذا تنازلاً مطلقاً من جانبنا يعطي البنك المذكور
جده دون غيره (باعتباره تنازلاً له) استلام كافة المبالغ التي استحققت أو التي تستحق لنا عن هذه العملية وليس لنا
مطالبكم أو الرجوع عليكم في شيء من ذلك لأمل من أن تيسدوا للبنك موافقتكم التامة على تنازله هذا
بتعهدكم بعملية الانتحقات.

ولسعادتكم خالص تحياتنا،،،،،،،

صورة مع التحية للبنك العربي الوطني

ك ف ٨٠/١٠٢

نموذج (٦) : نموذج خطاب التنازل المقدم من العميل والمرسل
للمستفيد من خطاب الضمان

البنك العربي الوطني



التاريخ _____
الموافق _____
الرقم _____

فرع _____

حضرة _____ المحترم

بيلج _____

المقدمة نيابة عن السادة / السيد _____

تحية واحتراماً :

بالإشارة لكفالتنا الموضحة اعلاه نرفق لكم طيه كتاباً من السادة المكفولين بخصوص تنازلهم
المطلق لأمرنا عن جميع استحقاقاتهم عن العملية المقدمة من اجلها هذه الكفالة وعلى ان تدفع جميع
هذه الاستحقاقات منا ولتنا .

نرجو بعد استلامه موافقتنا بوافقتكم الخطية على هذا التنازل ونشكركم .

وتفضلوا بقبول فائق الاحترام ، ، ،

البنك العربي الوطني

ك ف ٨٠/١٠٣

نموذج (٧) : نموذج المذكرة التي ترسل إلى المستفيد في حالة عدم

استلام رده بالموافقة على قبول التنازل

البنك العربي الوطني



في
الموافق
الرقم

حضره المحترم

الروض :

كفالتا رقم يبلغ ريال
الخدمة نيابة عن السادة / السيد
بمناقصة

تحية واحتراماً :

بالإشارة لكتابنا رقم المؤرخ في
واشرفني طيه كتاب من السادة / السيد

بخصوص تنازلهم لأمرنا عن جميع استحقاقاتهم عن العملية المقدمة من أجلها كفالتنا الموضحة أعلاه
وعن أن تدفع جميع هذه الاستحقاقات مناوالتنا

نتمكم أننا مانزال بانتظار موافاتنا بوافقتكم الخطية على ذلك ، فرجو سرعة تزويدنا
بها وشكراً .

وتفضلوا بقبول فائق الاحترام ““

البنك العربي الوطني

ل ف ٨٠/١٠٤

البنك العربي الوطني
الفرع

في
الموافق
الرقم

خطاب ضمان (خاص بالتأمين المؤقت)

مادة

رقم الكفالة

القيمة

حيث ان المادة

قد تقدموا بمطابهم عن توريد « او مقالة »

يضمن بهذا البنك العربي الوطني

بالمطالبة بالدفع مبلغاً لا يتجاوز

ريالاً وذلك ما يعادل ١ ٪ من قيمة

عطائهم المقدم بموجب شروط المناقصة .

يسري مفعول هذا الضمان حتى نهاية اليوم

من الشهر من عام هجرية الموافق ويجب التقدم

بأي مطالبة لدفع قيمة هذا الضمان خلال مدة سريانه .

بخصم أي نزاع ينشأ عن تفسير شروط هذا الضمان لأنظمة الملكة العربية السعودية .

المفوضون بالتوقيع

البنك العربي الوطني

في

الموافق

الرقم

فرع

خطاب ضمان (خاص بالتأمين النهائي / سلفة)

رقم الكفالة

مادة

القيمة



عقداً

نضمن بهذا نحن البنك العربي الوطني /

علامة المذكورين اعلاء دفع مبلغ لا يتجاوز فقط

فالمائة من قيمة العقد .

وبالاعتماد ما يثل

ونتعهد بهذا تعهداً غير مشروط بان نضبط تحت تصرفكم مبلغاً لا يزيد عن المبلغ المذكور اعلاء

عند استلام أول إشعار خطي يصدر منكم خلال مدة

وقدره

صلاحية هذا الضمان وينفذ وفقاً لتقديركم المطلق بوجود تقصير في تنفيذ شروط العقد المذكور اعلاء نشأت عنه مطالبكم بموجب هذا الضمان .

يسري مفعول هذا الضمان حتى نهاية اليوم

من الشهر

١٤ هجرية ، الموافق

من عام

المفوضون بالتوقيع

يخضع أي نزاع ينشأ عن تفسير شروط هذا الضمان لأنظمة المملكة العربية السعودية .

المملكة العربية السعودية
وزارة المالية والاقتصاد الوطني

خطاب ضمان (خاص بالتأمين النهائي)

المكان
سعادة الرقم
التاريخ
حيث أنكم منحتم عملاءنا السادة
عقداً
أوصاف وهوية الشروع
نضمن لهذا نحن عملاءنا المذكورين أعلاه دفع
إسم البنك المصدر
مبلغ لا يتجاوز ريالاً وهو ما يمثل خمسة في المائة من قيمة العقد
كتابة
ونتعهد بهذا تعهداً غير مشروط بأن نضع تحت تصرفكم مبلغاً لا يزيد عن المبلغ المذكور أعلاه وقدره
عند استلام أول إشعار خطي يصدر منكم خلال مدة صلاحية هذا الضمان
ويفيد وفقاً لتقديركم المطلق بوجود تقصير في تنفيذ العقد المذكور أعلاه نشأت عنه مطالبكم
بموجب هذا الضمان .
يسري مفعول هذا الضمان حتى نهاية اليوم من الشهر
من عام ١٣٩٩ هجرية .
يخضع أي نزاع ينشأ عن تفسير شروط هذا الضمان لأنظمة المملكة العربية السعودية .

المفوضون بالتوقيع

نموذج (٩) : نموذج ائتمار القيد على
حساب العميل

البنك المصري الوطني

إشعار

شركة مساهمة مصرية - الادارة العامة - الرياض
رأس المال المدفوع كاملا ١٥٠٠٠٠٠٠٠٠ ريال
س.ت ٢٧٩١٢

١٩ في

--

رقم الكهالة

حاضرة

قمنا على حسابكم مالي

تأمينات نقدية		
عمولة		
بريسد		
المجموع		

فقط

البنك المصري الوطني

الحل:

الذئبة

الرجاء

مكتشف ورمي بكلمات العمام / التروع / البعوك الصادره لدينا يتار يخه

[illegible]

1992

الملك العربي الوطني

• 11/21

محطات

نموذج (١٢): نموذج شهادة البنك على خطاب الضمان الوارد بالبريد

البنك العربي الوطني

فرع



التاريخ

الموافق

الرقم

حضره

بمعد النجدة،

بمبلغ

بتاريخ

خطاب الضمان رقم

الصادر من بنك

كطلب

بخصوص

نرسل لكم طيه خطاب الضمان المذكور أعلاه، وحب المعلومات المتوفرة لدينا حالياً فإننا نؤكد ما يلي: -

أ- ان الموقعين على خطاب الضمان مغزولون بذلك وتوقيعهم صحيحة وسليمة.

ب- بناء على المعلومات الواردة من البنك المصدر للكفالة في التوكيد الوارد منه فإن ذلك البنك يشهد ان قيمة هذه الكفالة

وجميع التسهيلات الممنوحة للشركة المكفولة فيما يتعلق بجميع أعمالها في المملكة العربية السعودية لا تزيد عن ٢٠٪ من رأس

مال ذلك البنك واحتياطياته، حسب قوائم مؤسسة النقد العربي السعودي.

ج- إن البنك الخارجي مقدم الضمان من ضمن البنوك المصرح لها بذلك من قبل مؤسسة النقد العربي السعودي. هذا واننا

نرسل لكم خطاب الضمان المذكور بدون التزام من طرفنا أو أية مسؤولية علينا.

وتفضلوا بقبول فائق النجدة والاحترام،

البنك العربي الوطني

فرع

مرفقت

نموذج ك ف ١٠٠ / ٨٠

شركة مساهمة سعودية - الادارة العامة/الرياض/المملكة العربية السعودية

رأس ائثار الفرع كاملاً ١٥٠.٠٠٠.٠٠٠ ريال

سنة ٢٧٩١٢ هـ

نموذج (١٣): نموذج شهادة البنك على خطاب الضمان بالتلخيص

البنك العربي الوطني

فرع



التاريخ

الموافق

الرقم

حضره

بعد التحيّة

خطاب الضمان رقم

بتاريخ

بمبلغ

الصادر من بنك

كطلب

بمختصر

لرفق لكم طيه صورة / نسخة من البرقية / التلخيص المتعلق بالضمان المذكور اعلاه وحسب المعلومات المتوفرة لدينا حالياً فإننا نتؤكد ما يلي:

أ- إن الصورة / النسخة المرفقة هي طبق الأصل من الأصل الوارد اليها من البنك المذكور وإن الأصل يحمل رقمه السري وصحيفته ومطابقاً

ب- بناء على المعلومات الواردة من البنك المصدر للكفالة في التلخيص الوارد منه فإن ذلك البنك يشهد أن قيمة هذه الكفالة وجميع التسهيلات الممنوعة للشركة المكفولة فيما يتعلق بجميع أعمالها في المملكة العربية السعودية لا تزيد عن ٢٠٪ من رأس مال ذلك البنك واحتياطياته، حسب قوائم مؤسسة النقد العربي السعودي

ج- إن البنك الخارجي مقدم الضمان من ضمن البنوك المصرح لها بذلك من قبل مؤسسة النقد العربي السعودي. هذا وسوف نقوم بإرسال خطاب الضمان في حالة استلامنا إياه من البنك المذكور علماً بأننا نرسل لكم صورة / نسخة التلخيص / البرقية المرفقة بدون التزام من طرفنا أو أية مسئولية علينا.

ونفضل بقبول فائق التحية والاحترام،

البنك العربي الوطني

فرع

مرفقت

نموذج ك ف ١٠٩ / ٨٠

نموذج (١٤): نموذج ارفاق خطاب ضمان ومطالبة بالعمولة

من البنك طالب إصدار خطاب ضمان

ARAB NATIONAL BANK

Branch

Ref

Date

To

L/G No. { Ours
Yours

Amount

Dear Sirs,

We enclose herewith copy/copies of the above mentioned letter
of guarantee dated which we have issued in favour
of

in accordance with your cable/telex/mail instructions of

You are kindly requested to credit the following to our
..... account

Our commission

Stamps.....

Total

Only (.....)

Kindly acknowledge receipt on the attached copy.

Encls. 

Yours faithfully

ARAB NATIONAL BANK

نموذج (١٥) خطاب ضمان نهائي بطلب من بنك أجنبي

البنك العربي الوطني

في ١٩٨٦/٣/٢٣

الموافق

الرقم

فرع الستين

خطاب ضمان (خاص بالتأمين النهائي) / بكافة

محرر

وزارة الصحة

المشؤون المالية

الرياض

حيث انكم منعم علينا

بالتوريد

معدات صحية

نضمن بهذا نحن البنك العربي الوطني

فرع الستين

نضمن بهذا نحن البنك العربي الوطني فرع الستين

وتمتع بهذا تمهيداً على شروط التوريد

وقدره مائة وعشرون ألف ريال فقط

نضمن بهذا نحن البنك العربي الوطني فرع الستين

موجب هذا الضمان

يخضع أي نزاع ينشأ عن تفسير شروط هذا الضمان لأنظمة المملكة العربية السعودية

نموذج (١٦): نموذج خطاب ضمان باللغة الانجليزية يرسل
إلى البنك طالب الإصدار

ARAB NATIONAL BANK

LETTER OF GUARANTEE FOR

L/G No.

Since you have awarded our clients Messrs

a contract for

We, ARAB NATIONAL BANK,

hereby guarantee to pay an amount not exceeding

being

percent of the value of the contract

We hereby unconditionally guarantee to put under your disposal an amount not exceeding the above mentioned figure which is upon receiving your first written notice according to your absolute judgment of a failure in meeting the conditions of the above mentioned contract hereby justifying such request as per this guarantee.

The validity of this guarantee extends up to the end of the of month of the year You should submit your request with the period of the validity of this guarantee.

Any dispute over the interpretation of the conditions of this letter of guarantee shall be subject to the regulations of the Kingdom of Saudi Arabia.

4 L G 4.77

ARAB NATIONAL BANK

نموذج (١٧) غرض طلب موجه من البنك المصدر إلى البنك طالب
إصدار خطاب الضمان لتمديد صلاحية



ARAB NATIONAL BANK

Branch _____ 19____

Dear Sirs, ,

Our L/G No. _____ For _____

On behalf of _____

Beneficiaries request payment of the above mentioned Guarantee unless it
is extended until _____

Kindly hold the amount at our disposal until further notice or authorize
us to extend the Letter of Guarantee as requested by Beneficiaries.

Yours faithfully ..

Form L/G/33

ARAB NATIONAL BANK

نموذج (١٨/أ) : نموذج طلب العميل لتمديد صلاحية
خطاب الضمان

١٩ ————— في —————

حضرة مدير البنك العربي الوطني المحترم ،

الكفالة رقم _____ يبلغ _____
لأمر _____

تحية واحتراماً ،

نرجو تمديد مدة الكفالة المبنية أعلاه

من _____ لغاية _____

وتفوضكم بقيد قيمة التأمين بمعدل % والممولة بمعدل %
على حسابنا الجاري لديكم . كما تفوضكم بقيد قيمة الكفالة أو أية مصاريف أو
مبالغ أخرى تضطرون لدفعها على حسابنا دون الرجوع إلينا . على ان تبقى باقي
الشروط كما كانت عليه .

وتفضلوا بقبول فائق الاحترام ،

التوقيع

نموذج (١٨ / ب) نموذج خطاب تقديم أجل خطاب الضمان موجه من المستفيد

المملكة العربية السعودية
وزارة
إدارة المشتريات
الرقم
التاريخ
المشروعات

المكرم مدير بنك المحترم

السلام عليكم ورحمة الله وبركاته

نشير إلى خطاب الضمان رقم وتاريخ / / ١٤ هـ الخاص
بضمانكم بمبلغ ريال بمعدل % من قيمة
عطاءكم لمنافسة والذي ينتهي مفعوله بتاريخ / / ١٤ هـ
وحيث أن الوزارة لم تنته من دراسة المنافسة حتى تاريخ لذا نود منكم اعتماد تمديد
أجل خطاب الضمان المشار إليه حتى / / ١٤ هـ علما بأنه في حالة عدم تلقينا
إشعاراً منكم بالتمديد في خلال مدة أيام من تاريخ إنتهائه فسوف نعتبره
عجوزاً لصالح الوزارة، مع الإشارة لقيد الضمان لدينا رقم (.....)

ودمتم ... ٤٤٤

مدير عام الشؤون الإدارية والمالية

الإسم :

التوقيع :

نموذج (١٩): نموذج تمديد صلاحية خطاب ضمان

البنك العربي الوطني

في
الموافق ١٩٠٠
الرقم

السيد/السادة

كفالتنا رقم..... الصادرة بتاريخ..... بملغ

المقدمة من قبلنا باسم السيد/السادة

والعائلة لـ

تحية واحتراماً،

نشير، إلى الكفالة المذكورة أعلاه، ونود إعلامكم أننا قد أضينا عليها التعديلات التالية:

نسخة
CANCELLED

على أن تبقى جميع الشروط الاخرى بدون تغيير.

وتفضلوا بقبول فائق الاحترام،

البنك العربي الوطني

ل. د. - ٧٧/٧

شركة مساهمة سعودية - الاذارة العامة/الرياض/الشركة العربية السعودية

رأس المال المنفوع كاملاً ١٥٠,٠٠٠,٠٠٠ ريال

س.ت ٢٧٩١٢

10

ابن عبد البر في الموطأ

كيف بالكفالات التي تم تمويلها بخاريه

الاجتهاد

٨٠/١٠٦

نموذج (٢١): نموذج قيد قيمة خطاب الضمان
المخفضة لحساب العميل

تسديد

البنك العربي الوطني



في ١٩.....

فرع

رقم الكفالة

قيدوا على حساب كفالات العملاء / الفروع / البنوك

لحساب تعهدات العملاء / الفروع / البنوك مقابل كفالات

--	--

البنك العربي الوطني

لث ٨٢ / ٢٤

نموذج طلب الإفراج عن ضمان

المملكة العربية السعودية

وزارة

إدارة المشتريات

الرقم :

التاريخ :

المشروعات :

رقم العملة	نسبة الضمان %	مقدم من	المبلغ		تاريخه	رقم الضمان	عدد
			ريال				
							١
							٢
							٣
							٤
							٥
							٦
							٧

المكرم مدير بنك المحترم

السلام عليكم ورحمة الله وبركاته وبعد :

نعيد لكم طيه الضمان الموضح أعلاه ولانتهاء الغرض منه تأمل الإفراج عنه شاكرين لكم صادق تعاونكم معنا ودمتم ،،

مدير الشؤون الإدارية والمالية

الاسم :

التوقيع :

قائمة المراجع

١ - الأنظمة والقوانين

- نظام المحكمة التجارية الصادر بموجب الأمر السامي بالموافقة على هذا النظام برقم ٢٣ وتاريخ ١٥ محرم الحرام ١٣٥٠هـ.
- نظام الجمارك الصادر بموجب الموافقة العالية عليه برقم ٤٢٥ وتاريخ ٥/٣/١٣٧٢هـ. ولائحته التنفيذية الصادرة بقرار من وزير المالية والاقتصاد الوطني.
- نظام الأوراق التجارية الصادر بموجب المرسوم الملكي رقم ٣٧ وتاريخ ١١/١٠/١٣٨٣هـ.
- نظام مراقبة البنوك الصادر بموجب المرسوم الملكي رقم ٥/م وتاريخ ٢٢/٢/١٣٨٦هـ.
- نظام تأمين مشتريات الحكومة وتنفيذ مشروعاتها الصادر بموجب المرسوم الملكي رقم ١٤/م وتاريخ ٧/٤/١٣٩٧هـ واللائحة التنفيذية له الصادرة بموجب قرار وزير المالية والاقتصاد الوطني رقم ١٧/٢١٣١ وتاريخ ٥/٥/١٣٩٧هـ.
- تعميم مؤسسة النقد العربي السعودي رقم م/٢٩١/أ وتاريخ ١٩/٩/١٣٩٩هـ الموافق ١٢/٨/١٩٧٩م والمتعلق بالتعرفة البنكية.
- مجلة الالتزامات والعقود التونسية الصادر بموجب الأمر المؤرخ في ١٥ ديسمبر ١٩٠٦م.
- المحلة التجارية التونسية الصادرة بموجب القانون عدد ١٢٩ وتاريخ ٢ ربيع الثاني ١٣٧٩هـ الموافق ١٥ أكتوبر ١٩٥٩م.
- مجلة الحقوق العينية التونسية الصادرة بقانون مدده لسنة ١٩٦٥م.
- الأمر التونسي عدد ٧٤ - ٧٥٤ وتاريخ ٢٧ جويلية ١٩٧٤م المتعلق بتنظيم الصفقات العمومية والمنقح بموجب الأمر عدد ٨١ - ١٠٥٦ وتاريخ ١٢ أوت ١٩٨١م، والقرارات التطبيقية بتاريخ ٣١ ديسمبر ١٩٧٤م و ٤ جانفي ١٩٨٢م.
- القانون التونسي عدد ٧٣ - ٨٥ وتاريخ ٢٠ جويلية ١٩٨٥م والمتعلق بصفات المؤسسات العمومية ذات الصيغة التجارية والشركات التي تساهم الدولة والجماعات العمومية والمحلية في رأس مالها بصفة مباشرة أو غير مباشرة.

- الأمر التونسي عدد ١٠٣٦ وتاريخ أول سبتمبر ١٩٨٥م والمتعلق بالصفقات التي تبرمها المؤسسات ذات الصيغة الصناعية والتجارية والشركات التي تساهم الدولة والجماعات العمومية والمحلية في رأس مالها بصفة مباشرة أو غير مباشرة.
- التقنين المدني المصري لسنة ١٩٤٩م والمعمول به من ١٥ جانفي ١٩٤٩م.
- قانون الجمارك المصري الصادر بالقانون رقم ٦٦ لسنة ١٩٦٣م.
- التقنين المدني الكويتي الصادر بموجب مرسوم بالقانون ٦٧ لسنة ١٩٨٠م بتاريخ ٢٢ ذوالحجة ١٤٠٠هـ الموافق أول أكتوبر ١٩٨٠م والمعمول به ابتداء من ٢٥ فبراير ١٩٨٠م.
- قانون التجارة الكويتي الصادر بموجب مرسوم بالقانون رقم ٦٨ وتاريخ ٦ ذي الحجة ١٤٠٠هـ الموافق ١٥ أكتوبر ١٩٨٠م.
- قانون التجارة العراقي رقم ٣٠ لسنة ١٩٨٤ بتاريخ ١٥/٣/١٩٨٤م - دار الحرية للطباعة بغداد - ١٤٠٤هـ - ١٩٨٤م.
- التقنين المدني الفرنسي : (code civil francais).
- الأمر الفرنسي بتاريخ ٣٠ أكتوبر ١٩٣٥م الموحد لقانون الشيك :
- Decret francais endote du 30 octobre 1935 Unifiant li droit en matiere ole cheque.
- القانون الفرنسي بتاريخ ٢٨ فيفوي ١٩٤١م المتعلق باعتماد الشيك .
- Loi francaise du 28 fevrier 1941 relative ala certification du cheque.
- المجلة العامة للأدعاءات الفرنسية
- Code General des Impots francais.
- المجلة الجمركية الفرنسية
- Code des olouanes francais.

٢- المراجع العربية

- أحمد زكي الشيتي وفاروق غلاب : **خطابات الضمان والكفالات المصرفية** ، مقال في كتاب مؤتمر المحامين العرب السادس ، القاهرة ١٩٦١م ، الجزء الخاص .
- ادوارد عيد : **الأسناد التجارية** ، مطبعة النجوى ، بيروت ، ١٩٦٧م .
- أنور حبيب : **حجز ما للمدين لدى الغير** : محاضرات نشرت بمعهد الدراسات المصرفية بمصر ، السنة الدراسية الثامنة ، ١٩٦٢م .
- التقارير السنوية لمؤسسة النقد العربي السعودي .
- راغب حبشي : **خطابات الضمان** ، محاضرات نشرت بمعهد الدراسات المصرفية بمصر ، السنة الدراسية السادسة ، ١٩٦٠م .
- سميحة القليوبي : **النظام القانوني لخطابات الضمان المصرفية فيما بين الأطراف والغير** ، مجلة القانون والاقتصاد ، مارس - يونيو ١٩٧٢م ، العددان الأول والثاني .
- سمير اسماعيل : **الاعتبار الشخصي في التعاقد** ، رسالة دكتوراه منسوخة ، قدمت إلى كلية الحقوق ، جامعة الإسكندرية ، ونوقشت بتاريخ ٣١ جويلية ١٩٧٥م .
- عبدالرحمن الجزيري : **الجزء الثاني من كتاب ، في الفقه على المذاهب الأربعة** ، قسم المعاملات ، المكتبة التجارية الكبرى ، مصر ، الطبعة الخامسة .
- عبدالرزاق السنهوري : **الوسيط في شرح القانون المدني** ، نظرية الالتزام بوجه عام ، الجزء ٣ ، دار إحياء التراث العربي ، ١٩٥٨م .
- عبدالرزاق السنهوري : **الوجيز في شرح القانون المدني** ، نظرية الالتزام بوجه عام ، دار النهضة العربية ، ١٩٦٦م .
- عبدالعزيز خليل بديوي : **القضاء في الإسلام وحماية الحقوق** ، دار الفكر العربي ١٩٨٠م .
- عبدالفتاح عبد الباقي : **موسوعة القانون المدني المصري** ، نظرية العقد والإدارة المنفردة ، دراسة معمقة مقارنة بالفقه الاسلامي ، ١٩٨٤م .

- عبد المنعم حسني : الحجز الإداري علما وعملا، ١٩٦٧- ١٩٦٨ م.
- علي البارودي : العقود وعمليات البنوك التجارية، منشأة المعارف بالاسكندرية.
- علي البكري : مذكرة منسوخة عن الكفالات البنكية، دائرة التدريب للبنك العربي الوطني.
- علي جمال الدين عوض : تعليق بعنوان النظام القانوني لخطابات الضمان، المحاماه، السنة ٤٠، ص ١٧١٠.
- علي جمال الدين عوض : عمليات البنوك من الوجهة القانونية، دار النهضة العربية، ١٩٨١ م.
- عيس عبده : العقود الشرعية الحاكمة للمعاملات المالية المعاصرة، بحث مقدم للمؤتمر الاسلامي المتعقد بمدينة الرياض في ذي الحجة ١٣٩٦ هـ نوفمبر ١٩٧٦ م، بدعوة من جامعة الامام محمد بن سعود الاسلامية، القاهرة ١٣٩٧ هـ- ١٩٧٧ م.
- فاروق عبدالله معوض : دليل أعمال الشراء في الأجهزة الحكومية بالمملكة العربية السعودية، معهد الادارة العامة، ١٤٠٥ هـ.
- فتحي والي : التنفيذ الجبري وفقا لمجموعة المرافعات الجديدة، دار النهضة العربية ١٩٧١ م.
- محمد بربري : خطابات الضمان، محاضرة نشرت بمعهد الدراسات المصرفية بمصر، السنة الدراسية السابعة، ١٩٦١ م.
- محمد حسني عباس : عمليات البنوك، ١٩٦٨ م.
- محمود جمال الدين زكي : التأمينات الشخصية والعينية، القاهرة ١٩٧٩ م.
- نبيل إبراهيم سعد : التأمينات العينية والشخصية، منشأة المعارف بالاسكندرية، ١٩٨٢ م.
- وهبه الزحيلي : الفقه الاسلامي وأدله، الجزء الخامس، دار الفكر، دمشق ١٤٠٤ هـ- ١٩٨٣ م.

٣- المراجع الأجنبية

- Azoulay : L'élimination de l'intuitus personae dans le contrat, la tendance à la stabilité du rapport contractuel, Paris 1960.
- Boudinot : Techniques bancaires et commerciales, 1967.
- H. Cabrillac, Enc. Dalloz, Droit Commercial, terme chèque.
- H. et M. Cabrillac : le chèque et le virement, 4e Edition.
- Carbonnier : droit civil, les obligations, 6e Edition, 1966.
- De Juglart et Ippolito : Traité de droit Commercial. T1.
- Ferronnière : opérations de banque, 1963.
- Gavalda et Stoufflet : droit de la banque, 1973.
- Gavalda et Stoufflet : La lettre de garantie internationale, Rev. Trim. de dr. com. et de dr. Eco. 1980, p. 3.
- Ghestin : Traité de droit civil : le contrat, 1980.
- Hamel : Traité de droit commercial.
- Jauffret, observations, Rev. Trim. droit com. 1967.
- Marty et Raynaud : droit civil, tome 2, 1er volume, 1962.
- Maury : Rep. civ., Dalloz, 2e Ed., Voir cause.
- H. J. L. Mazeaud : Leçons de droit civil, T2, Sûretés et publicité foncière. 5e Ed, 1977.
- H. J. L. Mazeaud : Leçons de droit civil, T2, 1er volume, obligations, Théorie générale, 1978
- Rep. Com., Dalloz, voir crédit documentaire.
- Ripert : Traité élémentaire de droit commercial, par Roblot, 1968.
- Rouast : Compte rendu sur l'ouvrage de Capitant sur la cause, Rev. Trim. dr. civ 1923, p. 395.
- Tendler : le cautionnement, reine éphémère des sûretés, D. 1981, p. 124.
- Vasseur : Notes in D 1981 p. 339, p. 392, p. 485 et in D. 1982 p. 298.
- Weill : droit civil, les sûretés, la publicité foncière, 1970.
- Weill et Terré : Droit civil, les obligations, 1980.

الموضوع	الصفحة
مقدمة	٣
الباب الأول: الأحكام الموضوعية والشكلية لخطاب الضمان	٢١
الفصل الأول: الأحكام الموضوعية لخطاب الضمان	٢٣
المبحث الأول: مجال التعامل بخطاب الضمان	٢٣
المبحث الثاني: ماهية خطاب الضمان	٣٤
الفرع الأول: تعريف خطاب الضمان	٣٥
الفرع الثاني: أهمية خطابات الضمان	٤٤
أولاً - خطاب الضمان محل محل التأمين النقدي	٤٤
ثانياً - مزايا خطابات الضمان	٤٧
١ - مزايا خطابات الضمان بالنسبة للعميل	٤٧
٢ - مزايا خطابات الضمان بالنسبة للجهة الإدارية	٤٨
المستفيدة منها	
٣ - مزايا خطابات الضمان بالنسبة للبنك المصدر	٥٧
الفرع الثالث: أنواع خطابات الضمان	٥٨
أولاً - تقسيم خطابات الضمان من حيث طبيعتها	٥٨
القانونية	

ثانيا - تقسيم خطابات الضمان من حيث غرضها . ٥٩

١ - خطابات الضمان اللازمة للمشاركة في المناقصات والمزايدات العامة في تنفيذ المشاريع العامة وفي صيانتها . ٥٩

أ - خطاب الضمان الابتدائي أو المؤقت . ٦٠

ب - خطاب الضمان النهائي أو لحسن التنفيذ . ٦٠

ج - خطابات ضمان الدفعة المقدمة أو السلفة . ٦١

د - خطابات ضمان الصيانة . ٦٤

٢ - خطابات الضمان المتعلقة بالاعتمادات المستندية . ٦٥

أ - خطابات ضمان لتنفيذ شروط الاعتماد المستندي . ٦٥

ب - خطابات ضمان مقابل مستندات اعتماد مستندي لم تصل إلى البنك : كفالات البواخر . ٦٦

٣ - خطابات ضمان أخرى . ٦٦

أ - خطابات ضمان سفر المدرسين . ٦٧

ب - خطابات ضمان لصالح المصالح الضريبية أو الجمركية . ٦٧

ج - خطابات ضمان لاستقدام أيدي عاملة . ٦٧

- د - خطابات ضمان لتغطية التزامات
بعض الأشخاص أو المؤسسات من
موزعين أو تجار.
- ثالثا - تقسيم خطابات الضمان من حيث موطن البنك
المصدر.
- ١ - خطابات الضمان الصادرة عن بنوك محلية.
- ٢ - خطابات الضمان الصادرة عن البنوك
الأجنبية.
- رابعا - تقسيم خطابات الضمان من حيث عدد البنوك
المصدرة.
- ١ - خطابات الضمان الصادرة عن بنك
واحد.
- ٢ - خطابات الضمان الصادرة عن عدة بنوك :
وتعرف باسم كفالات المشاركة.
- خامسا - تقسيم خطابات الضمان من حيث الجهة
المصدرة.
- ١ - خطابات الضمان الصادرة عن بنك.
- ٢ - خطابات الضمان الصادرة عن شركة
تأمين.

٧٧ الفصل الثاني: الأحكام الشكلية في خطابات الضمان.

- ٧٨ المبحث الأول: الإجراءات الشكلية لإصدار خطابات الضمان.
- الفرع الأول: الإجراءات الشكلية لإصدار خطابات الضمان بطلب من
العميل لدى بنك محلي.

- ٧٨ أولاً - طلب العمل .
- ٨٤ ثانياً - طريقة العمل لإصدار خطاب الضمان .
- ٩٠ الفرع الثاني : الإجراءات الشكلية لإصدار خطاب الضمان بطلب من البنوك الأجنبية .
- ٩٦ الفرع الثالث : الإجراءات الشكلية لإصدار خطاب الضمان المتعلقة بالاعتماد المستندي .
- ٩٨ المبحث الثاني : الإجراءات الشكلية الخاصة بتعديلات خطاب الضمان .
- ٩٩ الفرع الأول : التعديل المتعلق بمدة صلاحية خطابات الضمان .
- ١٠٢ الفرع الثاني : تعديل خطابات الضمان بزيادة أو تخفيض قيمتها .
- ١٠٢ أولاً - تعديل خطاب الضمان بالزيادة .
- ١٠٣ ثانياً - تعديل خطاب الضمان بالتخفيض .
- ١٠٥ المبحث الثالث : الإجراءات الشكلية المتعلقة بانقضاء خطابات الضمان .
- ١٠٦ الفرع الأول : مصادرة خطاب الضمان .
- ١٠٩ الفرع الثاني : إلغاء خطابات الضمان .
- ١٠٩ أولاً - إلغاء خطاب الضمان المعاد إلى البنك قبل انقضاء مدته لانقضاء الغرض منه .
- ١١٠ ثانياً - إلغاء خطاب الضمان عند انتهاء أجله دون تسليم أية مطالبة من المستفيد .
- ١١٣ الباب الثاني - الآثار القانونية المترتبة على خطابات الضمان .
- ١١٥ الفصل الأول : الآثار القانونية المترتبة على خطاب الضمان في علاقة الأطراف في ضوء طبيعته القانونية .
- ١١٥ المبحث الأول : مدى صلاحية القواعد المدنية لتحديد الطبيعة القانونية لخطاب الضمان وتفسير الآثار القانونية المترتبة عليه .

- الفرع الأول : مدى صلاحية فكرة الكفالة لتفسير الآثار القانونية المترتبة
على خطاب الضمان. ١١٦
- الفرع الثاني : مدى صلاحية فكرة الابانة لتفسير الآثار القانونية المترتبة
على خطابات الضمان. ١١٩
- الفرع الثالث : مدى صلاحية فكرة الاشتراط لمصلحة الغير لتفسير الآثار
القانونية المترتبة على خطاب الضمان. ١٢٤
- الفرع الرابع : مدى صلاحية فكرة الالتزام بالإرادة المنفردة لتفسير الآثار
القانونية المترتبة على خطاب الضمان. ١٢٨
- الفرع الخامس : خطاب الضمان عملية خاصة. ١٣٢
- أولا - استقلال التزام البنك وكفاية خطاب الضمان
الذاتية. ١٣٣
- ثانيا - استحقاق خطاب الضمان من تاريخ وصوله إلى
علم المستفيد. ١٤٢
- ثالثا - الدعاوي المترتبة على خطاب الضمان. ١٤٣
- ١ - دعوى رجوع البنك على العميل طالب إصدار
خطاب الضمان. ١٤٣
- ٢ - دعوى رجوع العميل على المستفيد من خطاب
الضمان. ١٤٦
- ٣ - دعوى رجوع البنك مصدر خطاب الضمان
على البنك طالب إصداره. ١٤٦
- الفصل الثاني : الآثار القانونية المترتبة على خطاب الضمان في علاقة
الأطراف بالغير. ١٤٩
- المبحث الأول : الحجز على قيمة خطاب الضمان. ١٤٩
- الفرع الأول : الحجز على قيمة خطاب الضمان من قبل دائني المستفيد. ١٥٠

- أولاً - الحجز على قيمة خطاب الضمان قبل مصادرته. ١٥٠
- ثانياً - الحجز على قيمة خطاب الضمان بعد مصادرته. ١٥٥
- الفرع الثاني: الحجز على قيمة خطاب الضمان من قبل دائني عميل البنك. ١٥٧
- المبحث الثاني: الحجز على غطاء خطاب الضمان. ١٥٨
- المبحث الثالث: تطبيق قواعد الحجز في المملكة العربية السعودية. ١٥٩

الخاتمة

١٦٣

١٦٧

الملاحق: نماذج مصدريها وثائق البنك العربي الوطني وبنوك أخرى :

- نموذج (أ/١): طلب إصدار خطاب ضمان، صادر عن البنك العربي الوطني.
- نموذج (ب/١): طلب إصدار خطاب ضمان ابتدائي، صادر عن البنك الأهلي التجاري.
- نموذج (ج/١): طلب إصدار خطاب ضمان نهائي، صادر عن البنك الأهلي التجاري.
- نموذج (د/١): طلب إصدار خطاب ضمان، صادر عن البنك السعودي الفرنسي.
- نموذج (هـ/١): طلب إصدار خطاب ضمان، صادر عن البنك السعودي الأمريكي.
- نموذج (٢): نموذج الرسك المحدد للعميل، صادر عن البنك العربي الوطني.
- نموذج (٣): نموذج سجل خطابات الضمان، الصادر عن البنك العربي الوطني.
- نموذج (٤): نموذج قيد التزام العميل، الصادر عن البنك العربي الوطني.
- نموذج (٥): نموذج تنازل العميل عن مستحقته من العطاء لأمر البنك مصدر خطاب الضمان، الصادر عن البنك العربي الوطني.
- نموذج (٦): خطاب التنازل المقدم من العميل والمرسل من المستفيد، الصادر عن البنك العربي الوطني.

- نموذج (٧): نموذج المذكرة التي ترسل إلى المستفيد في حالة عدم رده ١٨٣
بالموافقة على قبول التنازل، الصادر عن البنك العربي الوطني.
- نموذج (٨/أ): نموذج خطاب الضمان الابتدائي، الصادر عن البنك ١٨٤
العربي الوطني.
- نموذج (٨/ب): نموذج خطاب الضمان النهائي أو لسلفة، الصادر عن ١٨٥
البنك العربي الوطني.
- نموذج (٨/ج): صيغة خطاب الضمان النهائي، الصادر عن وزارة المالية ١٨٦
والاقتصاد الوطني.
- نموذج (٩): نموذج إشعار القيد على حساب العميل الصادر عن البنك ١٨٧
العربي الوطني.
- نموذج (١٠): نموذج كشف يومي بخطابات الضمان الصادرة عن البنك ١٨٨
العربي الوطني.
- نموذج (١١): نموذج سجل الاستحقاق، الصادر عن البنك العربي ١٨٩
الوطني.
- نموذج (١٢): نموذج شهادة البنك على خطاب الضمان الوارد بالبريد، ١٩٠
الصادر عن البنك العربي الوطني.
- نموذج (١٣): نموذج شهادة البنك على خطاب الضمان الوارد بالتلكس، ١٩١
الصادر عن البنك العربي الوطني.
- نموذج (١٤): نموذج ارفاق خطاب ضمان ومطالبة بالعمولة من البنك ١٩٢
طالب إصدار خطاب الضمان، الصادر عن البنك العربي الوطني.
- نموذج (١٥): خطاب ضمان نهائي بطلب بنك أجنبي الصادر عن البنك ١٩٣
العربي الوطني.
- نموذج (١٦): نموذج خطاب ضمان باللغة الإنجليزية يرسل الى البنك ١٩٤
طالب الإصدار، الصادر عن البنك العربي الوطني.

- نموذج (١٧): نموذج طلب موجه من البنك المصدر إلى البنك الأجنبي ١٩٥
طالب إصدار خطاب الضمان لتمديد صلاحيته ، الصادر عن البنك
العربي الوطني.
- نموذج (١٨/أ): نموذج طلب العميل لتمديد صلاحية خطاب الضمان ١٩٦
الصادر عن البنك العربي الوطني.
- نموذج (١٨/ب): نموذج خطاب تمديد أجل خطاب الضمان موجه من ١٩٧
المستفيد، الصادر عن وزارة المالية والاقتصاد الوطني.
- نموذج (١٩): نموذج تمديد صلاحية خطاب ضمان ، الصادر عن البنك ١٩٨
العربي الوطني.
- نموذج (٢٠): نموذج كشف يومي بخطابات الضمان التي تم تمديدھا ١٩٩
بتاريخه، الصادر عن البنك العربي الوطني.
- نموذج (٢١): نموذج قيمة خطاب الضمان المخفضة لحساب العميل، ٢٠٠
الصادر عن البنك العربي الوطني.
- نموذج (٢٢): نموذج اشعار بقرئ لحساب العميل ، الصادر عن البنك ٢٠١
العربي الوطني.
- نموذج (٢٣): نموذج كشف يومي بخطابات الضمان المخفضة أو الملغاة ٢٠٢
بتاريخه، الصادر عن البنك العربي الوطني.
- نموذج (٢٤): نموذج كشف شهري بخطابات الضمان المدفوعة أو المقام ٢٠٣
بھا قضایا، الصادر عن البنك العربي الوطني.
- نموذج (٢٥): نموذج طلب الإفراج عن ضمان، الصادر عن وزارة المالية ٢٠٤
والاقتصاد الوطني.

٢٠٧

قائمة المراجع:

٢٠٧

١ - الأنظمة والقوانين.

٢٠٩

٢ - المراجع العربية

٢١١

٣ - المراجع الأجنبية

٢١٣

الفهرس

السعر عشرون ريالاً

حقوق التأليف والطبع والنشر محفوظة لمعهد الإدارة العامة، ولا يجوز اقتباس
جزء من هذا الكتاب أو إعادة طبعه بأية صورة دون موافقة كتابية من إدارة البحوث
إلا في حالات الاقتباس القصيرة بغرض النقد والتحليل مع وجوب ذكر المصدر.



٨٠٤



Bibliotheca Alexandrina



0171442